

La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones

SUMARIO: I. LA ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE HIPOTECA:

1. LA ACCIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE LA HIPOTECA. 2. LA LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN. 3. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD. 4. LA POSIBLE ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE LA HIPOTECA INSCRITA. 5. LOS REQUISITOS DE LA ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE HIPOTECA: a) *El tracto SUCESIVO*. b) *El objeto de la demanda*. 6. Los EFECTOS DE LA ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE HIPOTECA: a) *El principio de legitimación en entredicho*, b) *La interpretación lógica del artículo 132*. c) *La opinión de la doctrina*, d) *La doctrina de la DGRN en materia de asientos de quiebra posteriores a la hipoteca ejecutada*, e) *La sentencia del Tribunal Supremo*, f) *La regulación del procedimiento ejecutivo extrajudicial*. 7. LA COMPETENCIA PARA APRECIAR EL SUPUESTO DE HECHO. 8. CONCLUSIÓN PROVISIONAL Y CRÍTICA. 9. Los ASIENTOS INTERMEDIOS: a) *Los asientos intermedios entre la hipoteca y la anotación de demanda de nulidad no deben ser objeto de cancelación en tanto no se resuelva el declarativo*, b) *Todos los asientos intermedios deben ser cancelados con excepción de la anotación preventiva de demanda de nulidad y del asiento del actor o interesado*, c) *Cancelación de todos los asientos intermedios con salvaguardia de la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca*.—II. LA ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE ACTUACIONES: 1. LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE NULIDAD DE ACTUACIONES EN EL PROCEDIMIENTO SUMARIO DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA: a) *Declaración de nulidad de oficio dentro del procedimiento sin toma de razón en el Registro de la Propiedad*, b) *Declaración de nulidad de oficio dentro del procedimiento con toma de razón en el Registro de la Propiedad*, c) *Declaración de nulidad del procedimiento sumario decretada en vía de apelación*, d) *Declaración de nulidad de oficio una vez terminado el procedimiento con reflejo en el Registro de la Propiedad*. 2. LA DEMANDA DE NULIDAD DE ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO DE EJECUCIÓN: a) *Demanda entablada antes de la finalización del procedimiento sumario*, b) *Demanda entablada después de finalizado el procedimiento sumario de ejecución*.

La eficacia ofensiva del principio de prioridad registral en virtud del cual los asientos anteriores son preferidos frente a los posteriores, produciendo efectos en su perjuicio, tiene en la hipoteca uno de sus mejores ejemplos prácticos. El desenvolvimiento de la hipoteca en su fase de ejecución lleva, como resultado final, a la extinción de todos los asientos que con posterioridad a la misma hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad.

La purga de los derechos posteriormente inscritos en el Registro supone la declaración *iuris tantum* de su inexistencia toda vez que la fuerza que emana de la inscripción de la hipoteca arrastra a los títulos retrasados. Un efecto tan devastador no se ve menoscabado por la posibilidad de suspender el procedimiento hipotecario en tanto se discute sobre los aspectos que sirven de base al mismo, sino que, por el contrario, la legislación hipotecaria reserva la posibilidad de suspenderlo a casos contados realmente excepcionales.

Cualquier pretensión que no sea una de las contempladas taxativamente en la Ley Hipotecaria y su reglamento no son tenidas en cuenta dentro del procedimiento, sino que deben ser alegadas en el procedimiento declarativo correspondiente sin otro efecto que el de retener el importe de la subasta en beneficio del actor y siempre que tal efecto sea solicitado del juzgador.

Resulta claro que la pretensión del actor de la demanda civil puede verse plenamente satisfecha en aquellos supuestos en que se discuta el importe de la deuda a satisfacer por el deudor o la prioridad en el cobro respecto del acreedor de la hipoteca. Sin embargo, existen otros supuestos en los que la pretensión es muy otra y, no poco frecuentemente, completamente distinta a la derivada de la estricta regulación legal. Así ocurrirá cuando se impugne la validez de la hipoteca por un tercer poseedor posterior a la inscripción de aquella o, en general, por un tercero posterior que teme fundadamente la desaparición de su derecho a consecuencia de la ejecución hipotecaria.

Estos terceros pretenden la cancelación del derecho de hipoteca de forma que no pueda perjudicarles. Dado que no pueden paralizar el procedimiento de ejecución jamás conseguirán su pretensión una vez que la hipoteca haya entrado en su fase dinámica.

No cabe duda de que la regulación legal así vista choca con principios básicos del Código Civil, en virtud de los cuales los negocios jurídicos nulos no despliegan efectos ni pueden ser causa de atribuciones patrimoniales. Ciertamente la legislación hipotecaria se caracteriza, entre otras muchas cosas, por tratar de dar una respuesta de seguridad jurídica a situaciones civilmente inestables, pero ni tal protección es absoluta ni se predica de cualquier situación en la que existe un litigio civil de nulidad.

Es el supuesto de litigio sobre la propia validez de la hipoteca en la que se sustenta el procedimiento de ejecución y el litigio sobre la validez de la ejecución misma aquellos en que con más claridad se aprecia la necesidad de compaginar la naturaleza y efecto sumario del procedimiento estrictamente

hipotecario con los procedimientos de nulidad de los derechos que les sirven de base.

Decir que el principio de legitimación que protege la hipoteca inscrita es suficiente para justificar que, en caso de litigio sobre su validez, el actor no podrá obtener satisfacción más que por una vía indemnizatoria es desconocer que la legitimación solo protege *iuris tantum* y que el Registro de la Propiedad aspira a reflejar fielmente la realidad extratabular

Se impone, por tanto, un análisis de la normativa civil e hipotecaria que permitan dar soluciones lógicas a un problema que cada vez con más frecuencia está llegando a los libros del Registro de la Propiedad de forma que los distintos intereses en juego tengan acceso a la protección del Derecho y a su instrumento que es la Oficina del Registro sin aceptar sin más el sacrificio de unos en beneficio de otros.

Para ello debemos centrarnos en el supuesto de hecho en el que se plantea el problema que trataremos de resolver: En los libros registrales consta inscrita una hipoteca a la que siguen diversos asientos posteriores. La hipoteca entra en fase de ejecución por el procedimiento sumario y es a la vez objeto de litigio en cuanto a su propia validez, litigio que accede al Registro de la Propiedad en forma de anotación preventiva de demanda. Llegada la finalización del procedimiento de ejecución se pretende por el adjudicatario del mismo la inscripción de su derecho y la purga de todos los posteriormente inscritos a la hipoteca en base a la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y al artículo 132 del mismo texto, que declara cuáles son los posibles derechos de terceros cuando no procede la suspensión del procedimiento de ejecución.

Dos son las cuestiones que hay que plantear: una, relativa a si debe anotarse en el Registro de la Propiedad la demanda de nulidad y, sobre todo, si una vez anotada la purga alcanza o no a la demanda posterior. El actor del procedimiento declarativo de nulidad tiene que saber si el Registro le protege y en qué medida y si la protección que puede derivársele de la anotación de su derecho depende de que antes llegue a término la ejecución de la hipoteca que está atacando.

La segunda cuestión, mucho más conflictiva y pendiente de estudio, alude a si la purga en sí misma considerada puede llevarse a cabo mientras esté vigente la anotación preventiva de demanda. Se parte, por tanto, de que la demanda ha sido anotada, que el procedimiento de ejecución ha finalizado y que no se ha purgado la anotación; si existen titularidades intermedias, que incluso pueden ser las del actor del procedimiento declarativo, hay que estudiar qué consecuencias se les depara si se cancelan sus derechos cuando posteriormente es estimada la demanda de nulidad y si existe base legal para afirmar, en su caso, que sus derechos no deben ser cancelados en tanto no se resuelva el pleito civil.

Estas cuestiones se reproducen cuando la anotación de demanda se basa en la pretensión de nulidad del mismo procedimiento de ejecución, pero sin discutir la validez de la hipoteca que le sirve de base. Los distintos presupuestos en que una y otra se fundamentan justifican un estudio separado de ambos litigios sin perjuicio de las coincidencias que puedan producirse en las posibles soluciones.

I. LA ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE HIPOTECA

1. LA ACCIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE LA HIPOTECA

Si bien no es objeto de este trabajo la nulidad de la hipoteca contemplada desde el punto de vista civil, es evidente que si deseamos centrar la cuestión y determinar los efectos de la acción de nulidad en relación al concretísimo asiento de hipoteca, es preciso, siquiera brevemente, recordar algunas cuestiones de derecho civil puro que posteriormente nos servirán al hablar de sus repercusiones hipotecarias.

La hipoteca se constituye habitualmente por negocio jurídico *inter vivos*, siendo excepcional cualquier otra forma de nacimiento del derecho real a la vida jurídica. En consecuencia, podemos afirmar que, como cualquier otro negocio similar, las causas de nulidad son básicamente dos: la contravención de la Ley y la ausencia de alguno de los requisitos esenciales exigidos por el ordenamiento para la constitución del derecho.

La hipoteca puede haber sido constituida violando algún precepto de carácter imperativo, como cuando se hipotecan bienes de menores sin respetar las limitaciones impuestas a sus representantes legales, cuando se constituye hipoteca por quien carece del poder de disposición sobre la finca o por cualquier otro motivo de igual naturaleza. La jurisprudencia es tajante al afirmar que la contravención de la norma imperativa acarrea la nulidad del negocio jurídico. Al ser la hipoteca un derecho de constitución registral el principio de legalidad ayuda a que se estreche el margen de constitución de hipotecas nulas, pues tanto el Notario autorizante de la escritura como el Registrador que la inscribe califican el negocio y son responsables por su calificación. Evidentemente pueden ser insuficientes ambos filtros, en cuyo caso el Registro publicaría un derecho inexistente como existente en virtud del principio de legitimación registral con los efectos propios de dicha declaración, singularmente la presunción de exactitud y validez en tanto judicialmente no se declare lo contrario.

La hipoteca puede ser nula por no reunir alguno o algunos de los requisitos esenciales del negocio. Determina el artículo 1.261 del Código Civil: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1.^a *Consentimiento de los contratantes.*
- 2.^o *Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3.^o *Causa de la obligación que se establezca.»*

En términos similares y para lo que nos interesa añade el artículo 1.857: *«Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:*

- 1.^o *Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.*
- 2.^o *Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.*
- 3.^e *Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.*

Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes»

Sabido es también que, por imperativo de lo establecido en los artículos 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca debe, bajo sanción de nulidad, constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. Dice el artículo 145: *«Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere:*

- 1.^o *Que se hayan constituido en escritura pública.*
- 2.^o *Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad».*

El hecho de que la hipoteca sea de constitución registral añade una posibilidad más de declaración de nulidad pues al ser la inscripción parte integrante del negocio jurídico el incumplimiento de sus requisitos conlleva la nulidad de la hipoteca. El artículo 30 de la Ley Hipotecaria declara la nulidad de las inscripciones que no reúnan los requisitos establecidos en la legislación hipotecaria, añadiendo el artículo 79.4 que serán cancelables las inscripciones cuya nulidad haya sido declarada.

2. LA LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Dice DE CASTRO refiriéndose a la legitimación activa de la acción de nulidad que *«El carácter absoluto de la nulidad, lleva a que la acción de nulidad puede ser ejercitada por cualquiera que tenga un interés legítimo en ello. Además de los directamente afectados, se entiende que lo tienen los obligados subsidiariamente (fiador, quienes constituyan prenda o hipoteca en favor de otro), titulares de derechos reales afectados por otro derecho real (usufructo, serví-*

dumbres, censos, segundas hipotecas), acreedores perjudicados (sin necesidad de acudir al artículo 1.291), legitimarios, retrayentes, arrendatarios, subarrendatarios, comuneros, supuestos de colisión de derechos (doble venta), etc., etc» (1). En materia de hipoteca, por tanto, la legitimación activa para impugnarla corresponde no sólo a cualquiera de las partes intervinientes en el negocio jurídico de constitución (ya sea como acreedor hipotecario, como deudor hipotecario o como hipotecante no deudor), sino también a los titulares de derechos que puedan ser perjudicados por la existencia de la hipoteca (titulares posteriores de cualquier derecho eventualmente cancelable por efecto de la purga) e incluso simples acreedores (embargantes posteriores, titulares de segundas hipotecas), etc. En general, podemos afirmar que cualquier titular de un derecho o de una anotación posterior a la hipoteca discutida tiene legitimación activa para el ejercicio de la acción.

Del examen de la no muy abundante jurisprudencia sobre nulidad de hipotecas se pone de manifiesto que el ejercicio de la acción ha sido instado bien por el hipotecante, persona, por tanto, en relación directa con el negocio, bien por terceros ajenos al mismo, pero perjudicados por su existencia. Merece la pena que nos detengamos un momento en esta cuestión, siquiera para acercarnos a la realidad de la impugnación de la hipoteca:

Dentro del primer grupo de sentencias (2) la característica común es que el ejercicio de la acción se basa en la voluntad del deudor de que la hipoteca no produzca efecto alguno bien por ser simulada, bien por ser usuraria. Es de gran importancia determinar que la pretensión del actor ha sido siempre evitar el perjuicio que el ejercicio de la hipoteca podría producirle.

El segundo grupo de sentencias (3) se caracterizan porque los terceros ajenos al negocio de hipoteca son acreedores del deudor, distintos de los que consiguieron la constitución a su favor, y que se ven perjudicados por la preferencia o garantía especial que la hipoteca supone. Nuevamente la pretensión esencial es que la hipoteca constituida no produzca efectos en su perjuicio, perjuicio consistente en la consecución de una situación de privilegio por el acreedor hipotecario que asegura el cobro de la deuda y que impide al resto de acreedores perseguir, con posibilidades de éxito, el patrimonio que quede al deudor.

Lamentablemente de ninguna de las sentencias analizadas se deduce lo que sería el supuesto de hecho más interesante, el del tercero acreedor posterior a la hipoteca cuyo derecho se vería extinguido precisamente por el

(1) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, pág. 482. Civitas. Edición facsimil 1991.

(2) Véanse las SSTs de 14 de junio de 1984, 24 de febrero de 1992, 18 de noviembre de 1993, 27 de septiembre de 1995.

(3) Sentencias de 19 de abril de 1993, 23 de mayo de 1994, 12 de diciembre de 1995.

ejercicio de la hipoteca preferente impugnada. Tal sería el supuesto de ulterior acreedor hipotecario o el de acreedor con embargo anotado con posterioridad a la inscripción de la hipoteca impugnada.

Evidentemente la legitimación activa es cuestión que no compete al Registrador apreciar pero desde el punto de vista registral es importante saber que, como dice el propio DE CASTRO, ha de ser actual al momento del ejercicio de la acción, desapareciendo con el derecho que le sirve de base si éste pasa a poder de un tercero o se ha extinguido por prescripción. Si como consecuencia de la purga derivada de la ejecución de la hipoteca el derecho del actor se extingue (por ejemplo, el usufructo posterior que se cancela) o se transfiere a un tercero (por ejemplo, el dominio que se adjudica al mejor postor de la subasta) cabe incluso preguntarse si se pierde la legitimación para el ejercicio de la acción y, por tanto, si no hay inconveniente alguno para cancelar y hacer desaparecer del Registro todo asiento afectado por la purga y la subasta. Evidentemente no es así; lo que dice el autor citado es que la legitimación se transmite con el derecho lesionado, pero no por ello desaparece el interés que le sirve de justificación. Si el titular posterior a la hipoteca ve cómo su derecho se cancela como consecuencia del desarrollo ejecutivo de la misma, conserva intacto su interés en que se declare la nulidad del derecho, sin el cual, tal efecto no se produciría.

En cuanto a los legitimados pasivamente son, según la doctrina y reiterada jurisprudencia, todos los que puedan quedar afectados como consecuencia de la declaración de nulidad. En sede de hipoteca deben ser demandados, por tanto, los constituyentes de la misma en el negocio jurídico del que procede o sus causahabientes. Es evidente el interés del acreedor hipotecario en mantener la validez del negocio impugnado, pues se trata de una garantía de la que es titular. Por la misma razón deben ser demandados los cesionarios, subhipotecantes y, en general, los titulares de derechos sobre la hipoteca. También debe ser demandado el deudor propietario o titular del derecho hipotecado, en cuanto parte en el negocio, y en la medida que el decaimiento de la garantía prestada puede acarrear consecuencias gravosas para el cumplimiento de la obligación (4).

El círculo de personas afectadas por la declaración de nulidad es empero mucho más amplio, pues de la declaración de nulidad de la hipoteca pueden resultar beneficiados todos aquellos titulares de derechos posteriores que, de no existir la hipoteca, no se verían perturbados por su posible ejecución. Registralmente se aprecia con gran facilidad el evidente interés de todos los titulares de créditos anotados preventivamente con posterioridad a la hipoteca

(4) Así puede ocurrir cuando la declaración de la nulidad de la garantía vaya pareja con la obligación garantizada o cuando la obligación se contrajo sólo en cuanto que existía la garantía (véase el artículo 1.129 del Código Civil).

o el de los titulares de derechos reales o terceros poseedores también posteriores. Ahora bien, el hecho de que puedan resultar beneficiados de forma indirecta por la declaración de nulidad no implica que deban ser demandados, pues la validez de sus derechos no depende de la existencia de la hipoteca y la posible nulidad no les afecta directamente. Cualquier persona que sea titular de derechos que puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio del deudor hipotecario o del hipotecante no deudor podría verse beneficiada por la desaparición de la hipoteca lo que ensancharía el abanico de posibles legitimados hasta límites absurdos, resultando, por tanto, evidente que dichos titulares no han de ser demandados; bien al contrario, si desean interesarse en el desarrollo del procedimiento de declaración de nulidad deben sumarse al mismo como legitimados activamente.

En las sentencias a que hemos hecho referencia si el actor era el propio deudor hipotecante la legitimación pasiva recaía invariablemente en el acreedor hipotecario, cuando la acción la ejercitaba un tercero ajeno al negocio de constitución de la hipoteca, la demanda se ha dirigido conjuntamente contra el deudor y el acreedor hipotecario (en ambos casos sin perjuicio de la existencia de otros demandados).

3. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

Los efectos de la declaración de nulidad son de la mayor importancia. Al decir de DE CASTRO, el efecto primario es la propia declaración de nulidad, dejar sentado con la eficacia de la cosa juzgada que el negocio impugnado nunca existió. Son, sin embargo, los efectos secundarios de la declaración de nulidad los que a nosotros más nos interesan y en los que hemos de detenernos con la finalidad de centrar el problema.

La primera consecuencia secundaria de la declaración de nulidad es que serán igualmente nulos todos los títulos o derechos que se basen en el negocio declarado inválido. El carácter retroactivo de la nulidad impone que, tratándose de hipotecas, todos los derechos derivados de la misma queden viciados en la misma forma. De este modo los adquirentes de la hipoteca por contrato de cesión o por herencia o los subhipotecantes verán cómo la nulidad alcanza a sus derechos. Igualmente si la hipoteca ha sido ejecutada y existe un adquirente o sucesivos subadquirentes de la finca se verán afectados y sus títulos estarán tachados de nulidad. En todos los casos empero, la declaración de nulidad no afectará a aquellos terceros que, por reunir los requisitos que la Ley Hipotecaria establece para ello en su artículo 34 estén protegidos por el Registro.

La otra consecuencia secundaria de la declaración de nulidad es lo que se conoce como «reipristinación» de la situación jurídica anterior o restitución de las cosas a su estado anterior. Si la hipoteca no ha sido ejecutada el efecto de la

declaración de nulidad se agota en la cancelación del asiento del acreedor hipotecario o de sus causahabientes en el Registro de la Propiedad con la consiguiente liberación de la carga que su existencia supone. Pero si ha existido ejecución y adjudicación a un tercero (o incluso al propio acreedor) del derecho gravado, la declaración de nulidad implica la obligada restitución de la finca a favor de quien la hipotecó devolviendo el estado de cosas al momento anterior al negocio declarado inválido. Nuevamente sólo si existe un tercero protegido la declaración de nulidad no impondrá el efecto restitutorio, pues no siendo atacable el título del tercero desaparece la causa para la restitución.

Ahora bien el efecto «repristinador» no sólo afecta a los directamente involucrados en la declaración de nulidad, a aquellos cuyos títulos se ven arrastrados por la nulidad de la hipoteca. La restitución de las cosas a su estado anterior impone, en pura teoría, que también los afectados indirectamente por la declaración de la nulidad se beneficien de forma que toda la situación jurídica vuelva a la situación que el negocio nulo alteró de forma ilícita.

Cuando la hipoteca no ha sido ejecutada este efecto restitutorio se produce por la simple desaparición de la garantía que puede afectar a terceros. En la medida que la declaración de nulidad priva a la hipoteca de la posibilidad de perjudicar otras titularidades que no traen causa de la misma desaparece la perturbación jurídica para estos otros titulares. Pero si la hipoteca ya ha sido objeto de ejecución y, como consecuencia del principio de purga, se ha decretado la extinción de otros derechos cabe preguntarse si la declaración de nulidad debe restituir las cosas a su estado anterior de forma que aquellos titulares sean repuestos en la situación jurídica perturbada. Si como consecuencia de la ejecución un acreedor posterior con anotación de embargo a su favor, un titular de un derecho real limitado, un tercer poseedor propietario de la cosa o cualquier otro posible titular, han visto desaparecer sus derechos, sería preciso que se les restituyese en la situación anterior como si la hipoteca nunca hubiera estado inscrita.

Debemos por tanto llegar a la conclusión de que los titulares registrales posteriores a la hipoteca son afectados directa o indirectamente por la acción de nulidad dependiendo de cuál sea el momento procesal en que se encuentre el procedimiento sumario cuando se entable dicha acción de nulidad. Cuando la acción de nulidad no les afecta directamente pues el procedimiento sumario no está entablado o no está finalizado el interés de los terceros es completamente lateral (5). Cuando el procedimiento sumario ha finalizado y como

(5) STS 25 de febrero de 1992: «Esta sala tiene reiteradamente declarado que no basta la existencia de un mero interés en el resultado del litigio para que haya que demandar a todos los que acrediten el mismo, pues es un resultado reflejo que no ampara la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario».

consecuencia de la acción de nulidad la subsistencia de sus derechos depende completamente de lo que en ella se decida su interés es directo. Esta conclusión concuerda perfectamente con el carácter de legitimados activamente para entablar la acción tal y como quedó dicho poco más arriba cuando el interés es indirecto y con la necesidad de demandar a los terceros cuando su interés sea directo.

Procesalmente la cuestión tiene importancia no sólo desde el punto de vista de la legitimación, sino también porque es preciso deslindar cuáles son las posibilidades de los terceros de intervenir en el proceso, lo cual a su vez también tendrá su importancia a la hora de determinar los efectos registrales.

En cuanto interesados indirectamente, cuando la hipoteca no está ejecutada o está en trance de ejecutarse, queda descartada la necesaria concurrencia de los terceros en el procedimiento, ya que no existe un litisconsorcio activo necesario (6). Más discutible es la posibilidad de que se produzca lo que se conoce como litisconsorcio cuasinecesario (7), que es aquel que se define «cuando varias personas se hallan, ante un determinado evento jurídico, en situación de igualdad de calidad, de tal modo que, teniendo legitimación con referencia al asunto cada una de ellas, sin embargo, la resolución que los Tribunales puedan adoptar les afectará a todos, por ser única la relación que existe entre ellas y el evento, y modificado éste, se modifica esta relación unitaria derivada de la citada identidad» (8). La consecuencia fundamental de aceptar la aplicación de esta figura procesal es que los titulares posteriores afectados no están obligados a pleitear, pero si lo hacen deben hacerlo en el mismo proceso, a fin de que exista una sola sentencia. El mecanismo procesal para que así sea será la excepción opuesta por el demandado.

Fuera de estos supuestos la intervención del tercero en el procedimiento de nulidad puede producirse tanto en el momento de la demanda (litisconsorcio activo voluntario) como incluso en un momento posterior mediante lo que se conoce como intervención litisconsorcial de un tercero en un procedimiento en marcha mediante la solicitud dirigida al Juez que conozca a fin de que le permita adquirir la cualidad de parte. Finalmente puede que el tercero decida no acudir en absoluto a un procedimiento que se va a entablar o que ya lo está de presente por considerar que prefiere ejercer su propia acción independiente. Aun en este supuesto se puede producir la acumulación de autos a instancia de cualquiera de las partes Intervinientes en cualquiera de

(6) Puede existir litisconsorcio necesario pero no porque existan terceros afectados si no porque existan una pluralidad de acreedores hipotecarios o de deudores hipotecantes respecto de los cuales la acción de nulidad ha de entablar conjuntamente.

(7) Para las cuestiones procesales seguimos el tratado *Derecho Procesal Civil*. FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ. José María Bosch, editor, S.A. 1992

(8) Definición del profesor FAIREN recogida en la obra a que se refiere la precedente nota.

los procedimientos abiertos (véase artículos 160 a 161 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Cuando los terceros son interesados directos en la declaración de nulidad porque sus derechos han sido purgados por la hipoteca deben ser necesariamente demandados formando un litisconsorcio pasivo necesario.

Todo esto ha sido aquí traído para poner de manifiesto la eficacia que puede tener la sentencia frente a los terceros posteriores a la hipoteca inscrita y las diversas posibilidades que el ordenamiento les otorga a fin de intervenir en una cuestión que tan esencialmente les afecta.

No es preciso llamar la atención sobre la importancia de este efecto secundario de la declaración de nulidad y sobre su incidencia en el Registro de la Propiedad, motivo fundamental de este trabajo. Será en un momento posterior cuando intentemos cohonestar las exigencias civiles derivadas de la declaración de nulidad de la hipoteca con los mecanismos que gobiernan el funcionamiento del Registro y con las garantías legalmente establecidas en favor de los titulares registrales posteriores.

Sí que haremos, sin embargo, una primera aproximación a los efectos en relación con el derecho principal impugnado: Si la hipoteca está constituida, pero no ha sido objeto de ejercicio, la declaración de nulidad se agota en la declaración de inexistencia del derecho (9).

Si la hipoteca se encuentra en ejecución, la declaración de nulidad supone o debe suponer la inmediata paralización del procedimiento desde que se ponga de manifiesto al Juez que conozca de la ejecución que falta la base del mismo. En efecto el artículo 132 de la Ley Hipotecaria dispone que el procedimiento sumario se suspenderá... «3.^a Si se presentare certificación del

(9) La interesante STS de 14 de junio de 1984, para un supuesto de declaración de nulidad de un préstamo hipotecario por aplicación de la Ley de represión de la usura mantiene la vigencia de la hipoteca en tanto no se restituya por el prestatario la cantidad recibida: «...el pronunciamiento de nulidad alcanza al negocio usurario en la medida que lo afecta la mácula que lo determina, sin que sea posible desconocer que se ha producido un desplazamiento patrimonial por efecto de una básica operación de préstamo, cuya realidad subyace e impone la devolución de la suma verdaderamente entregada... asiste al prestamista un crédito para obtener la devolución de la suma recibida y, por consiguiente no se desnaturaliza el carácter accesorio de la hipoteca consagrado en los artículos 1.528 y 1.857, número 1.º, del Código Civil, y 105 de la Ley Hipotecaria, como ligada que está a la existencia del derecho principal asegurado... la nulidad expresada no envuelve una nulidad radical o inexistencia del contrato por falta de alguno de los requisitos esenciales para su nacimiento, sino que es una nulidad decretada por el legislador debido a hallarse viciado el negocio por la concurrencia de alguna de las circunstancias que según el artículo 1.º de la Ley de 23 de julio de 1908, sobre represión de la usura, pueden motivar la calificación de usurario del préstamo, pero al quedar subsistente la obligación de devolver el importe de la cantidad efectivamente percibida... es evidente que los efectos de aquel contrato no desaparecen en su integridad y por ende el accesorio de fianza subsiste, si bien reducido a la extensión de la obligación principal...»

Registro, expresiva de quedar cancelada la hipoteca, en virtud de la cual se proceda,...» añadiendo más adelante que «... El Juez convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar cuatro días desde la citación; oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime prudente dentro del segundo día».

Si la hipoteca ya ha sido ejecutada y ha finalizado el procedimiento en su integridad, la declaración de nulidad de la hipoteca arrastra a todo lo que de ella resulte, por lo que igualmente serán nulas las consecuencias de la ejecución (10).

Ahora bien, en la medida que la hipoteca es un derecho de constitución registral que vive y se desarrolla bajo su amparo, la declaración de nulidad debe contemplarse no sólo desde el punto de vista civil, sino imprescindiblemente desde el punto de vista del Registro de la Propiedad.

La Ley Hipotecaria contempla la declaración de nulidad como un supuesto de inexactitud registral. En la medida que la sentencia declara que la hipoteca nunca existió debe corregirse la publicidad opuesta que resulta de los libros del Registro (11). Dice así el artículo 40 de la Ley Hipotecaria: «*La rectificación*

(10) Por ejemplo la STS de 12 de diciembre de 1995 declara la nulidad de la hipoteca constituida por un quebrado, así como las adquisiciones derivadas de la misma: «*Tanto en esta resolución (se refiere a la sentencia recurrida) como en la del Juzgado, se da lugar a la demanda, declarando la nulidad solicitada, así como todas las consecuencias posteriores de este contrato y sus respectivos asientos registrales...*».

La importantísima STS de 18 de noviembre de 1993 declara también la nulidad de una hipoteca, de la adquisición derivada de la ejecución y la adquisición posterior de un subadquirente.

(11) Dice ROCA en su *Derecho Hipotecario*, 1979, tomo III, pág. 310, que generalmente se trata de supuestos en que el negocio es nulo a pesar de figurar inscrito debido generalmente a que el Registrador los inscribió por carecer de elementos suficientes de juicio reveladores de aquellos vicios. Así es en efecto, de la jurisprudencia examinada se deduce claramente que la razón jurídica en que se basa la declaración de la nulidad del negocio de hipoteca era indetectable por el Notario y por el Registrador bien porque se trataba de cuestiones de competencia estrictamente judicial (como ocurre en los supuestos de declaración de nulidad por el carácter usurario del préstamo), bien porque se trataba de problemas de causa negocial simulada (es el motivo mas frecuentemente alegado por el actor para instar la nulidad). El control derivado del principio de legalidad se ha mostrado por tanto como un eficaz filtro en la práctica judicial para evitar la impugnación de derechos inscritos. La intervención de Notarios y Registradores asegura que sea muy difícil impugnar una hipoteca por contravención directa de la Ley, por falta o defecto de consentimiento o por falta o ilicitud del objeto; sólo en materia de defectos causales puede prosperar con mas facilidad la acción de nulidad y precisamente por eso es el motivo principal de impugnación ante los Tribunales de Justicia.

La STS de 12 de diciembre de 1995 declara la nulidad de la hipoteca por causa de quiebra posterior del deudor pero es evidente que tal circunstancia era indetectable a priori.

La STS de 19 de abril de 1993 declara la nulidad de la hipoteca constituida por el suspenso con el concurso de los interventores por ilicitud de la causa al haberla constituido con una finalidad distinta para la que fue autorizada.

del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará con arreglo a las siguientes normas:

d) Cuando la inexactitud proviniere de la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial.

En los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho (12), y se substanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente...

En ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto».

El problema del ejercicio de esta acción de nulidad y de rectificación del Registro en relación a la hipoteca ejecutada es que, por un lado, al llegar al Registro de la Propiedad la sentencia declarativa pueden haber aparecido terceros que no hayan sido parte en el procedimiento y, por otro, que aún si se han tomado cautelas para evitar la aparición de terceros protegidos, la mera interposición de la demanda no detiene el procedimiento sumario de ejecución de la hipoteca. Es decir, que aún el actor diligente en la defensa de sus derechos puede verse perjudicado por la ejecución de una hipoteca cuya inoperancia es la base de su pretensión debido a la especial naturaleza del procedimiento de ejecución de la hipoteca.

Es preciso por consiguiente dar un paso más y analizar las posibilidades de protección que tiene el actor de la demanda de nulidad, su viabilidad y los posibles efectos en relación al Registro de la Propiedad.

4. LA POSIBLE ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE LA HIPOTECA INSCRITA

La regla general en materia de toma de razón de anotaciones preventivas de demanda se encuentra en el n.º 1 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria al establecer:

«Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:

La STS de 27 de septiembre de 1995 plantea la nulidad de una hipoteca hecha sin la suficiente representación (en virtud del artículo 1.259 Código Civil), pero en un supuesto de hecho en que el representante de una cooperativa había actuado en base a un acta falsa de la Asamblea General.

(12) Legitimación pasiva.

1.^a El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real».

A la luz de este precepto es evidente que el actor podrá solicitar del Juez que conozca de la demanda que ordene al Registrador competente la toma de razón de la demanda.

El problema se plantea porque un estudio más detallado de los efectos de la demanda en relación al procedimiento judicial sumario pueden hacernos llegar a la conclusión de que, al carecer de efectos posibles sobre el procedimiento, la anotación es inoperante y por tanto se debe rechazar la posibilidad de practicarla. Dice el artículo 132 de la Ley Hipotecaria tras enumerar las causas de suspensión del procedimiento sumario:

«Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente Ley.

La competencia para conocer de este juicio declarativo se determinará por las reglas ordinarias.

Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el párrafo precedente o durante el curso del juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que establece la presente Ley, sea entregada al actor».

Lo que dice el artículo 132 es que aun cuando se reclame la nulidad de la hipoteca el procedimiento sigue su camino hasta su terminación sin que sea objeto de suspensión ni de entorpecimiento. La satisfacción del actor no se obtendría por la cancelación de la hipoteca impugnada si no por la entrega del importe, total o parcial, del remate. Si esto es así es evidente que la anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad ni va a suspender ni va a entorpecer el procedimiento sumario que desplegará todos sus efectos, señaladamente la cancelación por purga de todos los asientos posteriores y, con ellos, el de la anotación de demanda. En consecuencia, la anotación es inútil, pues ni asegura la inscripción del fallo ni tiene otra efectividad que la mera publicidad de la existencia de una demanda. Si el actor desea paralizar los efectos de la hipoteca no tiene otro remedio que pagar lo reclamado, a fin de que el procedimiento se detenga y pueda la inscripción hipotecaria ser objeto de cancelación.

Un análisis más detenido de la cuestión debe, sin embargo, poner de manifiesto algunas precisiones a la literalidad del artículo 132:

a) El precepto se refiere sólo al supuesto de que el procedimiento esté en marcha como claramente se deduce de su formulación. Si el procedimiento no ha comenzado en absoluto es evidente que la titularidad hipotecaria, como cualquier otra, puede ser objeto de impugnación (13) en cuyo caso la anotación no sólo asegurará la inscripción de la sentencia estimatoria (cancelación de la hipoteca) si no que también facilitará su oposición frente a terceros no demandados (adquirentes de derechos sobre la hipoteca).

Si el procedimiento sumario está totalmente finalizado e incluso se ha procedido a la inscripción en favor del adjudicatario es evidente también la utilidad de la anotación que no tendrá más especialidad que la necesaria extensión de la demanda a quien ahora es titular registral.

Pero es que aun cuando admitiendo que el artículo 132 se está refiriendo al efecto de la demanda sobre la hipoteca en ejecución es preciso advertir que parte de la base de que la finalización del procedimiento sumario va a ser anterior al declarativo pues, si como vimos, la sentencia firme de declaración de nulidad se inscribe en el Registro y se cancela la hipoteca, el procedimiento sumario se paralizará por aplicación de lo dispuesto en el número 3 del propio artículo 132.

b) Ya hemos advertido a lo largo de las páginas anteriores cómo el artículo 132 mezcla acciones con pretensiones muy diversas: No tiene la misma pretensión el deudor que se limita a negar que la deuda sea exigible que el deudor que afirma que la hipoteca es nula por simulación absoluta. En el primer caso se desea que no se lleve a ejecución la finca por no darse el presupuesto para ello, en el segundo se pretende que la hipoteca sea cancelada en el Registro de la Propiedad por inexistente. La impugnación por quiebra del deudor no tiene la misma pretensión que la acción encaminada a cobrar en primer lugar, pues aquí no sólo no se quiere la paralización del procedimiento si no que se aspira a que finalice en la forma más adecuada para los intereses del actor mientras que allí se desea la cancelación de la hipoteca para evitar perjuicios a la masa de la quiebra.

Es preciso, por tanto, armonizar el contenido del artículo 132 con la lícita pretensión de la acción del declarativo de nulidad, ya que decir al actor que sólo podrá resarcirse de su interés con el resultado de la subasta es concederle exactamente lo contrario a lo que pretende.

Dice así la STS de 18 de noviembre de 1993, sobre la que volveremos por su interés: *«Afirmar que todas las consecuencias derivadas de la posible nulidad del título se limitarán a dar al dueño de la finca lo que por ella se haya obtenido, cualquier cantidad por pequeña que sea tras sucesivas subastas y que a los lidiadores, que no son aún terceros hipotecarios, se les mantendrá en su adquisición, es desconocer que la nulidad declarada en el*

(13) Artículo 1 de la Ley Hipotecaria en relación con el 38.

juicio civil por apreciar conducta usuraria tiene carácter firme, no puede ser aquí discutida y es además, nulidad plena, porque así lo dice la parte dispositiva de la sentencia». Por tanto, si los titulares registrales no tienen la protección que les depara el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no pueden ser mantenidos en su adquisición por aplicación de una norma procesal y no sustantiva.

c) Enlazado directamente con lo anterior está el principio general de que el Registro no sana lo viciado; al decir el artículo 33 de la Ley Hipotecaria que *«La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes»* está afirmando algo evidente pero de gran importancia. Si la hipoteca es nula, sigue siendo nula aún después de la inscripción y por tanto se produce un supuesto de inexactitud registral que es preciso corregir a fin de evitar una publicidad errónea.

d) A pesar de que la hipoteca disfruta de un procedimiento especial de ejecución no se diferencia de otros derechos inscritos en cuanto a la protección que el Registro de la Propiedad le proporciona. No existe un privilegio en favor del acreedor hipotecario en virtud del cual su inscripción le otorgue mayor protección que a otro titular. En consecuencia si impugnabile es cualquier titularidad, impugnabile es la inscripción de hipoteca sin que deba confundirse la protección general que a todo derecho proporciona el Registro con la circunstancia de que el derecho real de hipoteca pueda ejercitarse por un procedimiento especial. Si puede, por tanto, impugnarse el contenido del Registro en cuanto a la hipoteca (artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria) es claro que tal circunstancia puede hacerse constar en sus libros exactamente igual que con relación a otro derecho.

Debemos concluir, por tanto, que cualquiera que sea el estado en que se encuentre la hipoteca la anotación, si reúne los requisitos para ello, es practicable en los asientos del Registro.

5. LOS REQUISITOS DE LA ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE HIPOTECA

Admitida la práctica de la anotación no hay especialidades en cuanto a los requisitos exigibles para la toma de razón en el Registro. Rigen pues las reglas generales y a ellas debe sujetarse el interesado y el Registrador.

Sólo es de interés resaltar dos circunstancias de especial importancia relativas al tracto sucesivo y al contenido de la demanda:

a) El tracto sucesivo si la hipoteca está en fase latente o en fase de ejecución queda cumplido siempre que el titular registral de la hipoteca sea el demandado conforme a la previsión del artículo 40, d) de la Ley Hipotecaria. Ya vimos anteriormente cómo cuando es el propio deudor hipotecante el que impugna la validez de la hipoteca la demanda se dirige contra el

acreedor hipotecario. Si, por el contrario, la acción la ejercita un tercero la acción se dirige contra el acreedor pero también contra el deudor hipotecante.

Desde el punto de vista del Registro es preciso que el titular del derecho real de hipoteca sea demandado en el procedimiento. Si existen otros terceros interesados con derechos inscritos sobre la hipoteca deben ser ellos los demandados, solos o junto al acreedor, (cesionarios, subhipotecantes) ya que si la sentencia prospera sus derechos se verán afectados.

Más problemática es la cuestión de si debe ser igualmente demandado el propietario constituyente de la hipoteca, sea o no deudor, pues en cuanto parte del negocio jurídico de constitución de hipoteca presenta un evidente interés en la declaración de nulidad. Procesalmente es muy claro que debe ser demandado el hipotecante lo cual no quiere decir que necesariamente deba constar tal circunstancia para proceder a la anotación en el Registro de la Propiedad.

De conformidad con el artículo 40 de la Ley Hipotecaria la función calificadora del Registrador debe ceñirse en un supuesto como el presente a comprobar que el titular registral cuyo derecho se impugna ha sido debidamente demandado. Si existen otras titularidades no impugnadas, que pueden resultar afectadas por la declaración de nulidad, es algo que queda fuera de calificación pues se refiere a un problema procesal, la debida construcción de la relación jurídico procesal, que sólo compete decidir al Juez a petición de parte. En consecuencia la anotación podrá practicarse aunque no resulte del mandamiento que el propietario o titular hipotecante ha sido debidamente demandado.

La Res. DGRN de 5 de abril de 1995 se enfrenta a un supuesto en que la demanda se había entablado por el deudor no hipotecante contra el acreedor hipotecario sin demandar simultáneamente al hipotecante no deudor.

A juicio de la Dirección General, que por cierto no cita el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, no existe problema de tracto, pues la demanda afecta exclusivamente al derecho de hipoteca y no al del hipotecante por lo que sea cual sea el resultado del pleito su titularidad no se verá afectada por la misma (14).

Por la misma razón no es preciso demandar a los terceros posteriores a la hipoteca en la medida que sus derechos inscritos o anotados no son objeto de impugnación.

(14) Es de tener en cuenta que la resolución se refiere a un supuesto de nulidad de actuaciones y no de impugnación de hipoteca; no hay, por tanto, impugnación en ningún caso del contenido del Registro, pese a lo cual, al tratarse de una acción declarativa, hay que demandar al interesado en el mantenimiento de la situación jurídica: el acreedor hipotecario.

Por otro lado, véase la Res. DGRN de 25 de febrero de 1994 en relación a la imposibilidad del Registrador para calificar la correcta construcción de la relación jurídico procesal.

Distinta es la situación cuando el procedimiento de ejecución se ha llevado a cabo y la finca está inscrita a nombre del adjudicatario de la subasta o de un tercero ulterior. En este supuesto en cuanto afectados directamente deben ser demandados para poder practicar la anotación. Los terceros cuyos derechos han sido cancelados como consecuencia de la purga deben también ser demandados pues el objeto de la demanda es impugnar el contenido de sus derechos en el Registro de la Propiedad.

b) El objeto de la demanda debe estar perfectamente delimitado en la anotación y en la demanda que le sirve de base. Dice ROCA SASTRE: *«Si según el artículo 71 de la Ley Hipotecaria la anotación preventiva en general y, por tanto, la de demanda no impide que el titular registral de los bienes o derechos inscritos objeto de dicha anotación pueda enajenarlos o gravarlos, el adquirente de estos conviene que sepa con claridad cuál sea concretamente la pretensión que se ejercita en la demanda, pues de lo contrario, o sea, de haber confusión sobre el litigio, los bienes anotados sufrirán en el tráfico jurídico inmobiliario, ya que el adquirente, a la vista de dicho objeto de la demanda, puede a veces fundadamente pensar en que la tal demanda anotada no prevalecerá, cosa imposible de dilucidar ante la imprecisión del objeto de la demanda anotada preventivamente»* (15).

La determinación del objeto de la demanda cumple efectivamente, como dice ROCA, una función de publicidad de la situación anotada y es exigencia reglamentaria, artículo 166.2 del Reglamento Hipotecario. En el caso que nos ocupa hay algo más, porque, aunque no existen especialidades en los requisitos para la toma de razón de la demanda, lo que es objeto de discusión es si debe haber especialidades en relación a la purga derivada de la ejecución de la hipoteca. Si existe tal trato especial será precisamente por razón del objeto de la demanda por lo que el mandamiento que ordene la anotación debe dejar absolutamente claro, y así debe constar en el asiento correspondiente, que la demanda va dirigida a la declaración de la nulidad del título o de la inscripción o ambas cosas a la vez.

Entiende el autor citado que el objeto está determinado si consta la pretensión del actor y la causa de la misma, lo que significa, por lo que nos afecta, que debe constar la solicitud de declaración de nulidad y su fundamento, ya sea la contravención de la Ley o cualquiera de las otras causas de nulidad negocial (16).

(15) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*. Bosch. 1979. 7.^a edición, tomo IV, pág. 53.

(16) Lo fundamental es desde luego que conste la pretensión, la solicitud de nulidad que es la que va a determinar la especialidad en el tratamiento. Su fundamento jurídico proporciona conocimiento a un tercero pero no determina por si mismo especialidad alguna.

Tratándose de responsabilidad civil derivada del delito la pretensión de nulidad no será necesariamente de parte, puesto que el procedimiento no precisa de su existencia, sin perjuicio de lo cual deberá tomarse anotación siempre que resulte con claridad que existe la pretensión y siempre que se cumplan los demás requisitos precisos para este tipo de anotaciones (17).

6. LOS EFECTOS DE LA ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE HIPOTECA

En principio son los propios de toda anotación de demanda, asegurar las resultas del procedimiento y vincular a los terceros a su resultado. Cuando la hipoteca no se ha llegado a ejecutar y ha permanecido en estado silente no existe ninguna especialidad, la hipoteca y los asientos de ella derivados se cancelarán o no según el resultado de la acción en la forma y con las limitaciones que se derivan de la regulación del Reglamento Hipotecario en su artículo 198.

Es, desde luego, en el momento de la ejecución cuando se plantea el problema, ya sea la anotación de demanda anterior a la iniciación del procedimiento sumario, ya sea posterior; lo importante es que se produzca un conflicto entre el auto que pone fin al procedimiento sumario y en virtud del cual se ordena cancelar los asientos posteriores a la hipoteca y el contenido de la anotación preventiva que pone en entredicho la fuerza cancelatoria del asiento de hipoteca, su propia existencia.

Si seguimos la práctica habitual en virtud de la cual se ordena y se practica la cancelación de todo asiento posterior a la hipoteca, habremos frustrado la pretensión del actor de la demanda y le obligaremos a ampliarla en la persona del adjudicatario y a volver a anotarla. Equivale a decir que la eficacia de la anotación preventiva de asegurar las resultas del procedimiento no puede llevarse a cabo, que no tendrá eficacia en cuanto a la vinculación de terceros al resultado del proceso. La anotación preventiva de nulidad sólo desplegaría sus efectos para el supuesto de que la hipoteca no se lleve a ejecución, único supuesto en que el actor tendría una protección plena del Registro de la Propiedad. Puesta en ejecución la hipoteca el actor sólo tendrá el remedo previsto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria de solicitar la retención del precio de remate.

Hemos, por tanto, de buscar una solución que respete la legítima pretensión del actor de nulidad y que al mismo tiempo no violente la regulación

(17) No toda responsabilidad penal acarrea un efecto de nulidad en el ámbito civil por lo que debe extremarse el cuidado cuando no resulte con claridad del mandamiento. Un somero análisis de estas anotaciones de responsabilidad civil derivada del delito puede verse en mi estudio publicado en el n.º 69 del *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*.

especialísima del procedimiento sumario de ejecución de hipoteca. La solución no puede ser otra que la subsistencia de la anotación preventiva de demanda de nulidad que, a salvo de la purga, desplegará todos sus efectos en perjuicio del acreedor hipotecario y de quienes traigan causa de él. Evidentemente esta afirmación tiene que estar suficientemente fundada ya que, de aceptarla, supone una cualificadísima excepción al principio de prioridad registral, al principio de purga de él derivado y a sus consecuencias procesales en el procedimiento sumario de ejecución. Busquemos por tanto los argumentos que nos permitan mantener la subsistencia de la anotación de demanda de nulidad frente a la purga derivada de la ejecución de la hipoteca:

a) *El principio de legitimación en entredicho*

La purga registral, en cuanto manifestación del principio de prioridad, es consecuencia directa de la legitimación registral; sólo en la medida en que los pronunciamientos del Registro se presumen veraces pueden desplegar todos sus efectos y singularmente el de prioridad. Si un interesado quiere alterar el orden de prioridad que publica el Registro, tiene que impugnar su contenido y destruir la presunción de legitimación, no por otra cosa exige el artículo 38 de la Ley Hipotecaria que se impugne el contenido del Registro cuando se inste una acción contradictoria de un derecho inscrito (18).

Desde este punto de vista podemos sostener que si la base sobre la que se asienta la fuerza ofensiva de la hipoteca es objeto de impugnación no cabe que el efecto cancelatorio se haga valer en tanto se conozca si efectivamente la hipoteca es válida o no. La consecuencia inevitable de la falta del pleno juego de la legitimación será la paralización de la eficacia derivada del Registro.

El argumento es atractivo pero endeble. Ciertamente la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria es susceptible de ser destruida, lo cual no quiere decir que no surta todos sus efectos mientras que tal cosa ocurra, mientras que no exista una resolución judicial no susceptible de recurso. La existencia de una impugnación del contenido del Registro publica frente a terceros la existencia del procedimiento pero carece de efectos suspensivos de la presunción del artículo 38, por lo que el titular registral puede ejercitar su derecho en la forma publicada por su asiento sin más límite que el derivado del eventual resultado de la acción de impugnación (19).

(18) Sobre el principio de legitimación en relación con la hipoteca y el procedimiento sumario, véase ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 7.^a edición, tomo IV-2, pág. 1104.

(19) ROCA SASTRE en su *Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 354, considera que el principio de legitimación no juega si existe contradicción del asiento que publica el Registro «Esta contradicción surgirá, a nuestro juicio, cuando se haya practicado ano-

Aceptar otra solución equivaldría a poner en entredicho el contenido del Registro por el mero ejercicio de una acción y a privar al titular de los derechos reconocidos por la Ley hasta la resolución del pleito, limitación que ni existe en Derecho Civil ni tampoco en Derecho hipotecario. La litigiosidad del derecho no priva jamás al titular civil de las facultades inherentes al mismo ni las deja en suspenso, lo cual no quiere decir que sea irrelevante: la venta de cosa litigiosa despliega todos sus efectos sin perjuicio del resultado del pleito y del posible saneamiento; la venta de crédito litigioso está expresamente regulada por el Código Civil en el artículo 1.535 sin perjuicio del derecho del deudor a extinguirlo en los términos del precepto; la Ley Hipotecaria acepta expresamente que la litigiosidad de un derecho no cierra el Registro en el artículo 71, pero sin perjuicio del resultado de la acción; más concretamente se regula la hipoteca del inmueble litigioso en el artículo 107.9, cuya única especialidad es precisamente que habrá de estarse a lo que decida el Juez en el procedimiento.

Descartado, por tanto, que el mero ejercicio de la acción y su anotación en el Registro sea argumento suficiente para mantener la excepción a la regla de purga sigamos con otras posibilidades.

b) *La interpretación lógica del artículo 132*

Ya vimos anteriormente cómo una interpretación excesivamente rigorista de lo que dicho precepto proclama puede llevar a la conclusión de que es inviable la propia práctica de la anotación en el Registro. En realidad el precepto se limita a regular las causas de suspensión del procedimiento sumario del artículo 131 y a ofrecer al actor que no puede suspenderlo la posibilidad de solicitar la retención del precio del remate. Nada obsta, sin embargo, a que el actor utilice otras posibilidades para la defensa de sus intereses no contempladas en dicho precepto, cual es la anotación preventiva de demanda que, ciertamente, no interrumpe el curso del procedimiento en marcha. Ahora bien, aceptar que del artículo 132 de la Ley Hipotecaria no se deriva una imposibilidad de anotar preventivamente la demanda de nulidad no lleva a la

*tación preventiva de demanda en la que se ejercite alguna acción contradictoria del derecho inscrito». La opinión de ROCA, que prescinde por completo de la dicción del artículo 1.⁹ de la Ley Hipotecaria, tiene consecuencias gravísimas, señaladamente la imposibilidad de ejercitar las acciones derivadas del artículo 41 de la Ley. GARCÍA GARCÍA en su *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Civitas, 1988, tomo I, pág 849 y ss., recoge estas afirmaciones de ROCA SASTRE y de otros autores y las contrasta con las de aquellos (fundamentalmente AZPIAZU) que piensan que la mera existencia de anotación de demanda en el Registro no priva al titular registral de sus facultades debiéndose interpretar el artículo 41 en el sentido de que sólo si el asiento en que se apoya la acción no está plenamente vigente hay un obstáculo registral para ejercitarla por falta de base registral.*

conclusión sin más de que dicha anotación deba subsistir a la ejecución hipotecaria. Lo único cierto que podemos deducir es que el actor que no se conforme con la retención del precio de remate puede instar la anotación de su pretensión en el Registro, pero no que dicha anotación tenga un régimen especial en relación al procedimiento sumario. Debemos, por tanto, continuar nuestra búsqueda de un argumento lo suficientemente sólido.

c) *La opinión de la doctrina*

No es este un tema del que la doctrina se haya ocupado extensamente, a pesar de lo cual existen referencias muy meritorias.

ROCA SASTRE insinúa la posibilidad de que la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca subsista a la ejecución en dos lugares de su Derecho Hipotecario: Comentando la eficacia general de la anotación preventiva y en concreto la regulación del inciso final del párrafo segundo del artículo 198 del Reglamento Hipotecario (20) dice así: *«Esta norma última está dictada para destacar una excepción a la regla de que triunfante la demanda anotada preventivamente se derrumban y, por tanto, han de cancelarse las inscripciones de títulos de fecha posterior a la de la anotación preventiva, pues es lógico que, si, por ejemplo, constaba inscrita una hipoteca al tiempo de la anotación preventiva de la demanda que no persiguiese la nulidad o ineficacia del título constitutivo de tal hipoteca, y ésta, por impago del crédito garantido, acudiese a la ejecución y de ella resultase la correspondiente adquisición de lo hipotecado a favor del mejor postor o del mismo acreedor hipotecario, naturalmente esta adquisición, a pesar de ser en virtud de un título de fecha posterior al de la anotación preventiva de demanda, se trata de una consecuencia natural de un acto ya inscrito antes de practicada la anotación, es decir, se está ante un título ulterior que deriva de asientos que gozan de prelación sobre el de la anotación preventiva de demanda (21).*

Esta larga recensión pone de manifiesto cómo el autor intuye que el adjudicatario de la subasta derivada de la hipoteca cuya nulidad se plantea sí que queda sujeto a las results del procedimiento cuya anotación de nulidad consta con posterioridad a la hipoteca. Pero para que tal cosa ocurra es imprescindible que la anotación no haya sido cancelada, pues de otra forma no sería posible la oponibilidad que propugna el autor. Si, como afirma, la eficacia de la anota-

(20) Que dice «La ejecutoria o el mandamiento judicial será título bastante, no sólo para practicar la inscripción correspondiente, sino también para cancelar los asientos posteriores a la anotación de demanda, contradictorios o limitativos del derecho que se inscriba, extendidos en virtud de títulos de fecha posterior a la de la anotación y que no se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la misma anotación».

(21) El subrayado es mío. Tomo IV-1, pág. 41, 7.^a edición.

ción produce el derrumbamiento de las inscripciones practicadas en virtud de títulos de fecha posterior es porque la propia anotación sigue vigente y ha sobrevivido a la purga derivada de la ejecución hipotecaria.

Más adelante dice el mismo autor comentando el artículo 132 de la Ley Hipotecaria y la posibilidad de que el actor del procedimiento declarativo solicite la retención del precio de la subasta: *«Como el procedimiento judicial sumario puede terminar adjudicando la finca al acreedor, entonces no es posible ordenar la retención de dicha cantidad, puesto que el acreedor adjudicatario no debe percibir cantidad alguna, ya que cobra con la finca. Morrell entiende que en este caso debe ordenarse al acreedor que consigne, pero creemos con Valles y Pujáis, que lo procedente en este supuesto sería obtener una anotación preventiva que indicara que la finca adjudicada al acreedor queda afecta a las resultas del juicio declarativo entablado»*. Nuevamente se intuye que la protección del actor de la demanda puede ir más allá de la retención del remate. Como la anotación preventiva a que se refiere se puede solicitar en el mismo momento de la interposición de la demanda para el caso de que se adjudique la finca al acreedor es evidente que dicha anotación solo podrá tener eficacia si no es objeto de purga al ejecutarse la hipoteca.

A pesar de estas opiniones, ROCA SASTRE no llega a defender la subsistencia de la anotación preventiva a la purga derivada de la hipoteca y tampoco nos ofrece un argumento que nos sirva de suficiente base para mantenerlo.

Más recientemente GARCÍA GARCÍA ha sostenido indubitadamente la opinión de que el procedimiento sumario no debe arrastrar la anotación de nulidad de la hipoteca: *«Tampoco pueden ser cancelados asientos posteriores que pongan en entredicho la hipoteca misma base del procedimiento judicial sumario»*.

Respecto a estas anotaciones de demanda de nulidad o de reclamaciones relativas al procedimiento, entendemos que lo procedente es no cancelarlas, pues en otro caso se puede producir indefensión del demandante, cuando el procedimiento judicial sumario ha sido declarado constitucional precisamente por la posibilidad que cualquier interesado tiene de acudir al juicio declarativo ordinario» (22).

Este autor no sólo defiende la no cancelación de la anotación de demanda, sino que además nos ofrece, sin desarrollarlos, dos argumentos de interés, la duda sobre el derecho inscrito y el principio de tutela judicial efectiva. Sin embargo, ya hemos visto cómo la simple contradicción del contenido del Registro de la Propiedad no priva al mismo de eficacia, pues es preciso que un Tribunal lo declare con carácter firme; la tutela judicial efectiva por otro

(22) GARCÍA GARCÍA, *El Procedimiento Judicial Sumario de Ejecución de Hipoteca*, Civitas, 1994, pág. 282.

lado puede ser la causa última de la subsistencia de la anotación en el Registro, pero es difícil de invocar por sí sola, especialmente cuando el actor es precisamente quien en ejercicio de su derecho ha instado la acción declarativa y porque su derecho de impugnación sigue incólume a pesar de la eventual cancelación de la anotación. Más que indefensión hay que hablar de frustración absoluta de la anotación preventiva que impide su finalidad principal de asegurar los resultados del procedimiento sin necesidad de ir ampliando la demanda a sucesivos titulares o terceros.

La opinión de estos autorizados autores nos sirve en consecuencia para apoyar lo que deben ser argumentos jurisprudenciales y legales en el mantenimiento de la vigencia de la anotación preventiva de demanda de nulidad de hipoteca.

d) *La doctrina de la DGRN en materia de asientos de quiebra posteriores a la hipoteca ejecutada.*

La Dirección General ha tenido ocasión de enfrentarse con supuestos en los que el Juez del procedimiento sumario, en uso de las competencias derivadas de las normas de procedimiento, ordenaba la cancelación de todos los asientos posteriores a la hipoteca cuya ejecución conocía siendo así que con posterioridad había sido inscrita o anotada la declaración de quiebra del titular registral.

En la Res. DGRN de 7 de noviembre de 1990 se pone de manifiesto que el auto declarativo del estado de la quiebra no es título hábil para cancelar asientos anteriores, sino que, de acuerdo con las normas generales, será preciso o bien el consentimiento del titular registral, o bien resolución judicial firme dictada en un procedimiento declarativo en el que haya sido parte el titular.

En la Res. DGRN de 8 de noviembre de 1990, y ya en un supuesto en que el Juez del procedimiento sumario ordena la cancelación de un asiento posterior de inscripción del estado de quiebra, la Dirección deniega la cancelación de dicho asiento en base a dos argumentos distintos: uno, que a pesar de la vigencia del asiento de hipoteca está cuestionada su validez (23) y, dos, que, el asiento que se pretende cancelar en cuanto emanado de la autoridad judicial y por su finalidad no es de aquellos que pueden ser cancelados sin

(23) «... Pero, a la vez, y dados los términos del asiento relativo a la declaración de quiebra, es evidente que el Registro que la validez o eficacia de la hipoteca está cuestionada en el procedimiento de quiebra... Pero la inscripción de la adjudicación debe hacerse sin perjuicio de los eventuales derechos de la masa de la quiebra anunciados en la inscripción de la declaración».

más (24). De lo dicho hasta ahora resulta claro que la mera puesta en entredicho de la inscripción de hipoteca no es argumento suficiente para justificar que no despliegue todos sus efectos; sin embargo la Dirección añade algo más de gran interés, el asiento posterior que pone en duda la vigencia de la hipoteca no es cancelable automáticamente y sigue la regla general de exigir, a falta de consentimiento, resolución judicial firme señalando en los vistos los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria como fundamento legal.

La Res. DGRN de 14 de noviembre de 1990 en un supuesto de hecho similar, y tras afirmar que la hipoteca sigue vigente y no hay asiento definitivo contra el titular de la hipoteca, la Dirección en línea con la anterior Resolución afirma que no es procedente la cancelación porque la anotación de quiebra, en cuanto pone en duda el derecho de hipoteca, no es de las que pueden cancelarse automáticamente como si se tratase de gravámenes no preferentes (25). Por tanto ya tenemos un importante argumento legal consistente en la lectura armonizada del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su regla 17 y de los artículos 82, 83 y 84 de la Ley Hipotecaria que regulan la cancelación de los asientos en el Registro (26), en virtud de la cual el asiento posterior de origen judicial que ponga en cuestión la validez o eficacia de la hipoteca no puede cancelarse automáticamente, como consecuencia del efecto de purga, sino que debe ordenarlo así el Juez que conozca de esta instancia.

Para terminar la Res. DGRN de 12 de abril de 1991 repite los argumentos de la anterior respecto a la necesidad de providencia ejecutoria dictada por el Juez que conoció del asunto.

Con independencia de cual sea el juicio que merece dicha doctrina en relación con los asientos que publican el estado de quiebra (27), lo cierto es que

(24) «Un asiento registral, como el de inscripción de la declaración quiebra, practicado en virtud de un mandamiento de la autoridad judicial, y que pone en cuestión la validez o eficacia de la misma hipoteca no es de los que pueden cancelarse en virtud sólo del auto que aprueba el remate o adjudicación en el procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca. Respecto de tal asiento, como practicado en virtud de mandamiento judicial, regirán las demás reglas y, por tanto no se cancelará sino en virtud de resolución judicial».

(25) «..., pues estas inscripciones al poner en cuestión el derecho de hipoteca del que es titular la misma entidad que, después resulta adjudicataria, no son de aquellas cuya cancelación pueda proceder como si de gravámenes no preferentes se tratara, sino que respecto de ellas se exige providencia ejecutoria dictada por el Juez que la mandó hacer (cfr. artículos 83 y 84 de la Ley Hipotecaria).

(26) Un comentario a las anteriores Resoluciones puede leerse en el n.º 611 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, pág. 1931, a cargo de FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO.

(27) JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA hace una muy convincente crítica en su obra, *El Procedimiento Judicial Sumario de Ejecución de Hipoteca*, Civitas, 1994, pág. 362 y ss., al poner de manifiesto cómo la mera declaración de quiebra, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es suficiente para considerar cuestionada la validez de una hipoteca siendo preciso que los síndicos de la quiebra, en representación e interés de

trasladados al asiento de anotación preventiva de demanda de nulidad de hipoteca nos son de gran utilidad para mantener que no todos los asientos posteriores a la inscripción de la hipoteca son cancelables sin más, sino que la anotación a que nos referimos sólo podrá ser objeto de cancelación cuando se ponga fin al procedimiento que la sustenta y por el Juez que del mismo conoce (28).

e) *La Sentencia del Tribunal Supremo*

Ciertamente no existe una jurisprudencia sobre el caso que nos sirve de estudio, pero sí que existe una sentencia en la que, sin ser idéntico el supuesto de hecho, se plantea una situación en la que se pone de manifiesto la colisión entre la eficacia de la hipoteca y de su procedimiento sumario de ejecución y la impugnación de la misma en procedimiento ordinario. Para su mejor comprensión es indispensable resumir el complicado supuesto a que tuvo que hacer frente el alto Tribunal en su Sentencia de 18 de noviembre de 1993 en la que fue ponente el Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez Pardo:

Doña Asunción BU hipoteca una finca de su propiedad en favor de la señora Carolina RB en garantía de un préstamo que de la misma recibió en escritura de fecha 17 de febrero de 1976. Doña Asunción demandó de nulidad por usurario contra la prestamista doña Carolina y anotó su demanda en el Registro de la Propiedad en fecha 27 de noviembre de 1978 (el asiento de presentación fue practicado el anterior día 7 de octubre).

Antes de recaer sentencia la señora acreedora hipotecaria insta, por impago, la ejecución de la hipoteca por los trámites del procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, expidiéndose la certificación de cargas de la regla 4.^a en fecha 3 de agosto de 1976, en la que lógicamente no aparece la anotación de demanda. La demandada en este procedimiento, la prestataria señora Asunción BU, insta del Juez que conoce de la ejecución que suspenda el procedimiento, a lo que no se accedió, por lo que la finca se adjudicó por Auto de fecha 24 de noviembre de 1978 a dos postores que la adquirieron por

la masa, insten el oportuno procedimiento declarativo en el que sea parte el acreedor hipotecario o su causahabiente y en el que pueda defenderse con igualdad de recursos que aquélla.

(28) Que existen asientos posteriores a la hipoteca que no son objeto de cancelación ya lo había declarado la doctrina en base a la interpretación armonizada de la regla 17 de la Ley Hipotecaria poniéndose como ejemplos la no cancelación del asiento posterior de declaración de exceso de cabida, del asiento de obra nueva declarada por un tercero, de los asientos de rectificación de asientos anteriores a la hipoteca que no perjudicasen a la misma etc. En general siempre que se tratase de asientos que no produjeran perjuicio alguno a la hipoteca inscrita ni impidiesen su perfecto desenvolvimiento. Sobre las mismas véase el comentario de GARCÍA GARCÍA en su obra sobre el procedimiento sumario, ya reseñada, pág. 287.

mitad y *pro indiviso*, inscribiéndola a su favor el día 24 de abril de 1979. Como consecuencia del mandamiento de cancelación de cargas el Registrador canceló la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca en fecha 2 de junio de 1981. Los titulares registrales por adjudicación enajenan la finca a un tercero, Sr. FC el día 20 de mayo de 1983 en documento privado y el día 10 de junio del mismo año en escritura, quien inscribe su derecho.

El procedimiento declarativo mientras tanto siguió su curso, recayendo sentencia estimatoria en primera instancia, que fue confirmada por la Audiencia, quien ordenó la cancelación de las inscripciones causadas por el mutuo anulado, y finalmente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de enero de 1984.

Frustrada la actora doña Asunción BU formuló nuevamente demanda en procedimiento declarativo contra los adjudicatarios por mitad en la subasta derivada de la ejecución de la hipoteca y contra el titular registral y subadquirente Sr. FC. En Primera instancia recayó sentencia estimatoria que fue confirmada por la Audiencia que declara nulo el procedimiento judicial sumario, el auto aprobatorio del mismo y el contrato de compraventa ulterior en favor del subadquirente condenando a entregar a la actora la finca objeto del pleito.

El Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos confirma los anteriores pronunciamientos. Nótese que en el supuesto existen dos sucesivos adquirentes, los rematantes y un tercero, auténtico subadquirente, posteriores a la anotación de demanda y, en el caso de éste último, posterior a la cancelación de la anotación de demanda en el Registro de la Propiedad que el Registrador había llevado a cabo en cumplimiento de lo ordenado por el Juez que conocía del procedimiento sumario. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia negando la invocación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria hecha por los demandados al carecer de la buena fe necesaria que habría hecho inexpugnable su derecho.

No es el fallo de la sentencia el que nos interesa sino el estudio que hace del problema esencial planteado que no es otro que el conflicto que se produce entre dos pronunciamientos judiciales contradictorios seguidos ante Jueces distintos y por procedimientos distintos: uno por el que se ejecuta la hipoteca y otro por el que se afirma la nulidad de la misma. Merece la pena que extractemos lo principal, a pesar de su extensión, que a este respecto recoge la sentencia:

«**TERCERO...**

La anotación de demanda tiene un doble contenido, el procesal conforme al cual se asegura que la sentencia que en su día recaiga tendrá la misma eficacia que si se hubiere dictado ya el día de la presentación de la demanda, mereciendo por esto el calificativo de medida cautelar, y el contenido sustantivo a través del cual se consigue la ventaja que proporciona el principio de

prioridad registral para el caso también de obtener resolución favorable a la modificación tabular...

Desde este último día 7 (se refiere a la fecha de presentación en el diario del mandamiento de anotación de demanda), el Registro avisa a los terceros que existe el litigio y que puede afectar a los actos y contratos, a los derechos nacidos con posterioridad a la anotación. Por ello cualquier derecho, como la adquisición por los demandados de los bienes en pública subasta, que fue posterior a la anotación, puede quedar subordinada a la resolución judicial...

CUARTO.—En el presente caso el lapso transcurrido entre la expedición de la certificación de cargas y el día de la celebración de la subasta pudo producir en los asistentes el error de creer que no podía haber ningún derecho posterior...Pero este carácter de nota marginal...tampoco produce cierre registral, puesto que su alcance es sólo informar a posteriores adquirentes acerca de la existencia del proceso de ejecución y hacer las veces de notificación...En modo alguno produce cierre registral ni paraliza las facultades dispositivas del deudor, pero impide a los adquirentes invocar de buena fe el principio de publicidad hipotecaria...

QUINTO.—...Y quienes acuden a la subasta pueden hasta ese mismo día tratar de conocer cuanto el Registro recoja, posible por no producirse el cierre, y no pueden alegar la fe pública registral en apoyo de su pretensión contraria a la anotación de demanda...

SEXTO.—La colisión de las decisiones judiciales exige valorar las circunstancias que la producen, porque seguidos sendos procesos en dos Juzgados distintos el que conoce de la usura acuerda legítimamente la anotación y el que ejecuta la hipoteca no puede en principio conocer vicisitudes posteriores a la expedición de la certificación y conocidas, como en el caso de autos, por manifestación escrita de la demandante de la nulidad del préstamo, no pudo legalmente impedir la celebración de la subasta. Pero lo que sí pudo es tratar de interpretar las normas del artículo 233 del Reglamento Hipotecario y de la 131 regla 17.^a buscando el sentido de todas sus palabras y la equidad para ponderarlas como aconseja el artículo 6.2 del Código Civil.

Según la regla 17.^a del art. 131, verificado el remate se dictará auto aprobándolo y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso (nótese bien, en su caso), la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla 4.^a (aquí otra muestra legal de que no existe cierre registral). La frase «en su caso» no cabe entenderla como referida a si las hubiere, pues si todas se hubieran de cancelar sobraba. Que todas no han de cancelarse hasta lo anuncia la regla 8.^a antes descrita.

De lo anterior se desprende que el Juzgado que ejecutó la hipoteca pudo ordenar sin identificarlas (art. 233 del Reglamento Hipotecario) que se can-

celen todas las anotaciones e inscripciones posteriores a la fecha de la certificación, pero eso siempre que éstas no deban subsistir por alguna causa, puesto que de no entenderlo así no tendría sentido la regla 17.^a del art. 131 al establecer que la orden de cancelación abarcará «en su caso» (luego no en todos).

... los rematantes no adquirieron el derecho de propiedad hasta después de practicada la anotación preventiva, por lo que su derecho estaba subordinado al resultado de la demanda...

Si la hipoteca nace viciada de nulidad como aquí ha sucedido por aplicación de la Ley de 1908, si la decisión judicial que así lo declaró no puede aquí discutirse, si la sentencia del juicio declarativo siempre se dictará tras la inscripción de la hipoteca, cuando vaya a hacerse efectiva o se le reconoce la prioridad que nace de la anotación de la demanda o nunca podrá conseguir que se cumpla con lo ordenado en la sentencia.

Esta solución deja a salvo todos los principios registrales, puesto que los rematantes adquieren su derecho con posterioridad a la anotación, por lo que su derecho está a ella subordinado...».

El Tribunal Supremo parte de un argumento de lógica dogmática para después, aportando el fundamento legal, llegar a la conclusión de que la anotación de demanda de nulidad de hipoteca no debe ser objeto de purga en el procedimiento sumario. Para el alto Tribunal la colisión entre la prioridad que a la hipoteca le proporciona su inscripción en el Registro de la Propiedad, en virtud de la cual todos los asientos posteriores sufrirán su ejercicio, y la propia de la anotación preventiva de demanda de nulidad, por la que se asegura el resultado del procedimiento frente a terceros, no puede resolverse en la postergación de la segunda por la primera, pues ello equivaldría a vaciar a la anotación de contenido, ya que, por definición, la prioridad registral de la anotación será siempre posterior a la de la inscripción. La conciliación de ambos asientos implica que la hipoteca respete a la anotación preventiva.

Ciertamente las afirmaciones del Tribunal Supremo no encajan absolutamente con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que ha interpretado muy rigurosamente el principio de prioridad distinguiendo lo que constituye prioridad puramente civil, que ha de ser acreditada en el procedimiento correspondiente, y prioridad registral, que es puramente tabular y se caracteriza por su automatismo. Así ocurrió en las conocidas Resoluciones de 6 de septiembre de 1988 y de 22 de noviembre del mismo año en las que la Dirección consideró que la aplicación del principio de prioridad no podía verse entorpecido por la posible existencia de una preferencia civil distinta a la que resultaba de los libros del Registro.

En el primer caso se trataba de dilucidar si un embargo anotado preventivamente podía provocar la cancelación de una inscripción posterior provocada por una venta de fecha anterior a la anotación. La Dirección afirma que

el principio de prioridad perjudica al titular de la inscripción frente al de la anotación por ser ésta de fecha anterior y porque compete al que se vea perjudicado por dicha situación instar la oportuna tercería de dominio con el fin de levantar el embargo. Ciertamente el razonamiento de la Dirección es muy sólido pero lo interesante habría sido saber qué habría ocurrido si el adquirente retrasado efectivamente hubiese instado tercería y hubiese anotado en el Registro (29). Aplicar sin más la regla de prioridad tabular produciría la frustración de un tercero que, no olvidemos, ha sido diligente y ha agotado las posibilidades procesales de defensa de su derecho. Lo lógico en un caso semejante sería mantener la anotación preventiva en el Registro hasta que se conociese su resultado. Es precisamente lo que ha hecho la propia Dirección en materia de quiebra como vimos más arriba.

En el segundo supuesto se trataba de decidir si la anotación de embargo anterior puede producir, por purga, la cancelación de la anotación posterior de embargo basado en un crédito de los denominados superprivilegiados, en concreto el derivado del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores. El Centro Directivo llega a idéntica conclusión que en el supuesto anterior si bien distinguiendo la existencia, no de un conflicto de adquisiciones, sino de preferencia de créditos que debe ventilarse en un procedimiento ordinario de tercería de mejor derecho (30).

El actual artículo 175.2 del Reglamento Hipotecario ha reconocido la extraordinaria fuerza de la prioridad registral al decir que *«Cuando en virtud de procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo aunque se refieren a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta...»*

A pesar de lo tajante de la dicción del precepto, hemos de tener en cuenta que es un mero precepto reglamentario y que no obsta ni a las reglas generales de la Ley Hipotecaria ni a la existencia de excepciones a las mismas como hemos visto ha reconocido la propia Dirección General (31).

(29) Es un supuesto que no debe producirse. En el procedimiento ejecutivo la interposición de la tercería de dominio suspende, de conformidad con el artículo 1.535 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el remate de la finca hasta que finalice el incidente por resolución firme.

(30) La pretensión del actor en un caso y otro es radicalmente distinta. En el caso de la tercería de mejor derecho el actor que la ejercita pretende cobrar antes que el acreedor que ha llevado a cabo la ejecución (art. 1.536 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero de ningún modo le interesa paralizarla, bien al contrario. En la tercería de dominio el actor pretende precisamente la suspensión de la venta del bien (art. 1.535 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil).

(31) Así la Res. de 15 de enero de 1997.

Precisamente el Tribunal Supremo se apoya en la norma legal, el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, como base positiva de su argumentación, pues efectivamente el precepto da pie para afirmar que el mandamiento de cancelación de cargas puede dejar a salvo los asientos posteriores que el Juez estime oportuno. Es posible que el legislador se refiriera no al supuesto que contemplamos en este trabajo, sino precisamente a aquellos otros en los que por no existir contradicción entre el asiento de hipoteca y los posteriores se acepta pacíficamente su subsistencia, pero también es cierto que con independencia de lo anterior ya hemos visto como dicho precepto puede interpretarse de forma armónica con otros que permiten su aplicación al supuesto de la anotación por demanda de nulidad.

Lo importante es que ya disponemos de una base legal sólida para mantener que el procedimiento judicial sumario no tiene la virtud de cancelar la posterior anotación de demanda de nulidad; además es la solución legal para un procedimiento, también sumario y de ejecución de la hipoteca, el extrajudicial previsto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y regulado en el Reglamento Hipotecario.

f) *La regulación del procedimiento ejecutivo extrajudicial*

Dispone el artículo 236-1, 3 del Reglamento tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo: «*La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el registro con posterioridad a ella. Se exceptúan aquéllos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca*».

Como vemos, el Reglamento reconoce explícitamente que la fuerza ofensiva de la ejecución de la hipoteca llevada a cabo por este procedimiento se detiene ante los asientos que reúnan dos condiciones: haber sido ordenados por la autoridad judicial y publicar el litigio sobre la vigencia de la hipoteca. Aunque la dicción no es muy precisa, sobre todo en lo referente a este último inciso, no hace falta esforzarse mucho para reconocer la anotación preventiva de demanda de nulidad como supuesto de hecho del precepto (32). De hecho la propia Exposición de Motivos lo dice claramente «...que la posible colisión entre los derechos del acreedor y los de terceros se resuelve por el exclusivo criterio de prioridad registral, de sencilla constatación por parte del Notario, sin perjuicio del establecimiento de un cauce adecuado para resolver posi-

(32) Aunque también parece dejar cabida al supuesto de la quiebra.

bles tercerías de mejor derecho, que no paraliza la enajenación del bien y que la regulación de la suspensión del procedimiento (por las mismas causas previstas para el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria), se conjuga con la debida salvaguardia del derecho de impugnación de la hipoteca objeto de ejecución en tanto ésta no se haya consumado».

Nótese que es la propia Exposición la que afirma que el principio de prioridad registral tiene una cualificada excepción en tanto se resuelva el procedimiento de impugnación de la hipoteca.

El antecedente de un precepto tan llamativo está en la antigua regulación del procedimiento extrajudicial y en concreto en el artículo 236 que decía lo siguiente: *«Se suspenderá el procedimiento regulado en los dos artículos precedentes por las causas expresadas en el artículo 132 de la Ley, en cuanto fueran aplicables, y además cuando con anterioridad a la subasta se anotare preventivamente la oposición al mismo formulada en juicio declarativo. A este efecto, el Juez, al mismo tiempo que ordene la anotación de la demanda, notificará al Notario la resolución recaída.*

Si dicha anotación se hubiere practicado con anterioridad al trámite de la regla 3.³ del artículo anterior, el Registrador denegará la nota prevenida en la misma y no podrá seguirse el procedimiento».

La regulación anterior a 1992 era una de las responsables de la absoluta inaplicación del procedimiento extrajudicial como medio para proceder a la ejecución de las hipotecas y, en especial, el precepto transcrito que suponía la inmediata paralización del procedimiento con la mera oposición al mismo formulada en procedimiento declarativo que incluso impedía la iniciación del expediente si ya se había tomado anotación de la demanda en el Registro.

La reforma del 92 ha procurado soslayar este efecto acercando la regulación del procedimiento extrajudicial a la del procedimiento sumario, limitando los supuestos de suspensión a los regulados en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, pero lo que era innecesario ha sido la previsión específica de no cancelación de los asientos ulteriores ordenados por autoridad judicial y de los que resulte el cuestionamiento de la vigencia de la hipoteca. Innecesario porque tal circunstancia no es un supuesto de suspensión del procedimiento, ni sumario ni extrajudicial, y porque existiese o no la previsión reglamentaria habría que llegar a esa conclusión a la luz de todo lo visto hasta ahora. Es decir, la reforma aprovecha la modificación del procedimiento extrajudicial para incluir la doctrina que la Dirección General había elaborado para los supuestos de asientos de quiebra posteriores a la hipoteca.

Necesaria o no lo cierto es que el texto actual nos es de gran utilidad como reconocimiento explícito de que el conflicto de prioridades derivados del doble procedimiento, de ejecución y judicial, no puede resolverse siempre y sin más en beneficio del primero. Ciertamente no se trata de aplicar esta normativa directamente al procedimiento sumario, pues de hecho la previsión

legal es justo la contraria, ya que el artículo 236-0 se remite al artículo 132 de la Ley Hipotecaria, pero es claro que el reconocimiento explícito que la regulación reglamentaria contiene es un argumento de peso para que tal reconocimiento se predique también del procedimiento sumario ante la evidente identidad de razón entre un supuesto y otro.

7. LA COMPETENCIA PARA APRECIAR EL SUPUESTO DE HECHO

Admitido que la ejecución de la hipoteca no purga sin más la anotación de demanda de nulidad del título o de la inscripción, nos queda por determinar un aspecto importante, que es el que da nombre a este epígrafe y que desde el punto de vista registral es esencial, ya que de la respuesta que se dé dependerá si el Registrador puede apreciar por sí mismo la concurrencia del supuesto y, por tanto, negarse a la cancelación genérica o expresamente ordenada.

GARCÍA GARCÍA entiende que son tres las posibilidades (33):

La primera es solicitar del Juez que conozca del procedimiento de ejecución que no ordene la cancelación, habida cuenta de la situación de indeterminación sobre la viabilidad de la hipoteca. Es la postura que el Tribunal Supremo entiende que hubo de adoptarse en el supuesto de hecho de la Sentencia más arriba comentada de 18 de noviembre de 1993. Es, desde luego, la solución ideal, ya que el Juez que conoce del asunto, a instancia de parte, determina, con arreglo a la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuáles de los asientos posteriores a la hipoteca deben ser considerados como gravámenes posteriores y cuáles por razón de su contenido y de la autoridad que los dictó deben permanecer incólumes. Tiene esta solución el inconveniente de que sólo si el actor de la demanda declarativa tiene esta concreta iniciativa se salvaguardará su derecho, siendo así que el demandante ya ha agotado sus posibilidades de defensa con el ejercicio de la acción y con su anotación en el Registro de la Propiedad (34). Por otro lado, puede darse el supuesto de que el Juez se niegue a salvar asiento alguno a pesar de la solicitud del actor, lo cual no quiere decir que su derecho deba ser postergado, ya que es en el procedimiento declarativo y no en el ejecutivo sumario donde se ha de dilucidar tal cuestión. Puede incluso que al tiempo de expedir

(33) *El Procedimiento Judicial Sumario de Ejecución de Hipoteca*, Civitas, 1994, pág. 282.

(34) Como pone de relieve la STS de 18 de noviembre de 1993 si la anotación de demanda se practica en el Registro de la Propiedad después de expedida la certificación a que se refiere la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria el Juez no conocerá en absoluto su existencia salvo precisamente que le sea puesta de manifiesto por parte interesada.

el mandamiento de cancelación de cargas no existiese todavía la anotación de demanda, lo que habría hecho imposible su toma de consideración por el Juez del sumario.

La segunda solución propuesta es que el demandante de la acción ordinaria solicite del Juez que conozca de la misma la ampliación de su contenido al adjudicatario de la subasta, con anotación en el Registro de la Propiedad para evitar perjuicios si la anterior es cancelada. Esta solución no es factible; en primer lugar, porque implica el reconocimiento de lo que se trata de evitar, que es la purga de la anotación de la demanda de nulidad y, en segundo lugar, porque obliga al actor a un ejercicio de seguimiento del adjudicatario de la subasta para esperar a que inscriba su adjudicación, que a veces se demora meses o años, a fin de que el principio de tracto permita su anotación; de lo contrario se corre el riesgo de que surja un tercero protegido.

La tercera solución, que además es la que prefiere el autor al que seguimos en este punto, es que sea el propio Registrador el que decida la no cancelación. A falta de una previsión explícita del Juez en el mandamiento de cancelación, debe ser claro que el Registrador puede llevar a cabo tal apreciación y negarse a cancelar. Es más, aun cuando el Juez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 del Reglamento Hipotecario, conozca y ordene deliberadamente que lo haga sobre la anotación de nulidad el Registrador puede hacer uso de sus facultades calificadoras para no hacerlo.

No se trata ahora de analizar la prolija doctrina del Dirección General en materia de competencia calificadora del Registrador en relación a los documentos judiciales, pero creo que está lo suficientemente asentada para afirmar que estamos ante un evidente obstáculo derivado del contenido del Registro que impide la cancelación ordenada. El Registrador no entra sobre el fondo de la cuestión, pues es competencia, como ha quedado demostrado, del Juez que conozca del declarativo, tampoco entra en la propia competencia del Juez que conozca del sumario en cuanto a este aspecto ni tampoco en los trámites del procedimiento; simplemente existe un asiento en el Registro que impide sin más la aplicación del principio de purga, obstáculo registral que, de acuerdo con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, justifica la actuación del Registrador.

Esta es la propia doctrina de la Dirección en materia de quiebras y además no debemos olvidar que la única posible en el supuesto del procedimiento extrajudicial, en la que no existe mandamiento de cancelación, lo que demuestra que estamos ante un evidente obstáculo registral y no ante un supuesto vedado a la calificación del Registrador (35).

(35) No es este desde luego el criterio del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que en Auto de fecha 10 de marzo de 1997 ante la negativa de la Registradora a cancelar la anotación derivada de una querella por alzamiento de bienes

8. CONCLUSIÓN PROVISIONAL Y CRÍTICA

La anotación de demanda de nulidad de hipoteca posterior a la hipoteca debe subsistir a la misma y no ser objeto de purga como consecuencia de su ejecución hasta que se termine el procedimiento ordinario, debiendo co-honestarse la prioridad de la hipoteca con la de la posterior anotación preventiva. No se trata de un problema de suspensión del principio de legitimación registral, sino de la existencia de un litigio sobre cuál de los asientos debe prevalecer, de un problema de prioridad. Esta circunstancia es apreciable de oficio por el Registrador de la Propiedad en uso de sus facultades calificadoras y no supone en ningún caso una intromisión en la competencia del Juez que conoce del procedimiento de ejecución. Dicha anotación será cancelada en virtud de mandamiento firme emitido por el Juez que conozca del procedimiento declarativo, de conformidad con las reglas generales de nuestro ordenamiento hipotecario.

Desde luego tal afirmación no supone una derogación de lo que dice el artículo 132 de la Ley Hipotecaria al limitar el número de supuestos en los que el procedimiento judicial sumario es objeto de suspensión. Ante afirmación similar dice la STS de 18 de noviembre de 1993: *«El razonamiento nada tiene que ver con la norma que se dice infringida y que fue escrupulosamente respetada, sólo con la ya explicada mácula de no haber hecho uso de la posibilidad de no cancelar tras la subasta todas las anotaciones posteriores...»*

Afirmar que todas las consecuencias derivadas de la posible nulidad del título se limitarán a dar al dueño de la finca lo que por ella se haya obtenido, cualquier cantidad por pequeña que sea tras sucesivas subastas y que a los licitadores, que no son aún terceros hipotecarios, se les mantendrá en su adquisición, es desconocer que la nulidad declarada en el juicio civil por apreciar conducta usuraria tiene carácter firme, no puede ser aquí discutida y es, además, nulidad plena, porque así lo dice la parte dispositiva de la sentencia».

Ciertamente la subsistencia de la anotación no suspende el procedimiento, de hecho ha llegado hasta su conclusión y ha desplegado sus efectos en cuanto a la inscripción del adjudicatario y en cuanto a la cancelación de otras anotaciones e inscripciones. Es más si el propio Juez que conoce del sumario no ordena la cancelación de la anotación de demanda posterior el procedimiento habrá no sólo finalizado, sino cumplido todo su camino en el Registro de la Propiedad. La necesaria protección de los intereses en juego sólo limita

posterior a la hipoteca considera que la funcionaría calificadora se excedió en sus facultades actuando «como si de un contrario imperio se tratara» (*sic*). El auto está recurrido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

el alcance de la purga derivada de la hipoteca, como ocurre por cierto en otros supuestos como en el del arrendamiento urbano posterior a la hipoteca de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. Decir que por ello el procedimiento se suspende y se produce una violación de lo establecido en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria es sacar las cosas de su justa medida.

Tampoco es dable decir que la solución propuesta conculca el principio de seguridad jurídica en la medida que bastará impugnar el contenido del Registro para provocar, de facto, una situación de perjuicio al eventual adjudicatario de la cual incluso sacar ventaja. Tal posibilidad es cierta desde luego pero ocurre en cualquier otro supuesto en que se entabla una demanda contra el titular registral; precisamente para evitarlo corresponde al Juez que conozca de la demanda de nulidad aceptar o no la propia demanda, aceptar o no la toma de razón en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva y exigir o no del actor la fianza que estime conveniente de conformidad con el artículo 139 del Reglamento Hipotecario.

Ni siquiera cabe la afirmación de que la subsistencia de la anotación de demanda provoca una situación de inseguridad en los procedimientos judiciales sumarios de ejecución en la medida que al tercero diligente no le bastará con acudir al Juzgado a conocer el contenido de la certificación emitida como consecuencia de lo dispuesto en la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Si existen cargas posteriores que puedan perjudicar al derecho del adjudicatario no por ello puede éste alegar su ignorancia o su buena fe derivada del mero examen de la certificación. Esta tiene como objeto fijar un momento procesal a partir del cual el Juez ya no tiene que notificar a eventuales terceros posteriores, pero no tiene la virtualidad de permitir al adjudicatario desconocer esos postreros asientos. Así ocurre en cualquier caso cuando, con posterioridad a la expedición de la nota marginal de expedición de certificación, se inscribe la sentencia de nulidad de la hipoteca cuando no se anotó la demanda (o cuando se anotó con posterioridad a la dicha expedición). Incluso si la inscripción de nulidad es posterior al auto de adjudicación el adjudicatario no puede prescindir de la misma (sólo puede ignorarla si la inscripción del auto es anterior en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.252 del Código Civil). El adjudicatario de la subasta es como cualquier otro adquirente y está sometido al principio de prioridad por lo que deberá procurar conocer el contenido del Registro justo antes de su adquisición y procurar su rápida toma de razón si no desea que se le adelanten, en su perjuicio, otros interesados con títulos contradictorios.

Nos resta finalmente por analizar una última cuestión, si la anotación debe subsistir es lícito plantearse qué deberá ocurrir con los asientos intermedios practicados entre la inscripción de la hipoteca y la propia anotación.

9. LOS ASIENTOS INTERMEDIOS

Puede ocurrir con frecuencia que entre la inscripción de la hipoteca que se lleva a ejecución y la anotación de demanda de nulidad de hipoteca existan otros asientos practicados sobre la finca, dado que la hipoteca no cierra el Registro. Estos asientos intermedios pueden ser de cualquier clase ya se trate de inscripciones de transferencia del dominio, de constitución de derechos reales ya de anotaciones de embargo ya de otro tipo de asientos.

Si se defiende que la anotación de demanda debe subsistir en base a que la fuerza ejecutiva de la hipoteca está en contradicción por lo que es preciso esperar a que la legitimación registral juegue en toda su extensión y, como consecuencia, no haya trabas a la prioridad de ella derivada, es dable pensar que el efecto de purga no sólo no debe alcanzar al asiento de anotación de demanda si no que debe respetar a todos los demás intermedios.

Si el principio de legitimación que sirve de apoyo a la prioridad está en cuestión y aceptamos que el hecho de que tal circunstancia esté en el Registro de la Propiedad es relevante, hemos de aceptar que ha de ser relevante para todos y no sólo para el que instó la acción de nulidad pues la sospecha sobre la vigencia o no de la legitimación de la hipoteca afecta a todo el historial jurídico posterior que por tanto debe ser respetado en tanto no se resuelva la cuestión en el procedimiento judicial correspondiente.

Desde esta perspectiva la práctica de la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca supone la paralización de toda cancelación de asiento posterior a la hipoteca hasta que se resuelva el pleito declarativo. Con ello se consigue congelar el contenido del Registro hasta que la duda que justifica medida tan especial no se haya disipado. Los titulares de dominio o de derechos posteriores a la hipoteca no verán cancelados sus derechos en base a una ejecución que puede ser nula, pues si nula resulta ser la hipoteca nulo es también el procedimiento sumario (36) y nula la cancelación derivada de la misma. Por la misma razón los que hayan instado procedimientos ejecutivos y obtenido anotaciones de embargo no deberían quedar perjudicados por la cancelación de sus asientos; con ello se evitaría que los procedimientos en que se basen se dirijan a otros bienes para intentar la satisfacción del crédito resultando después que la hipoteca no les perjudicaba. Lo más lógico es mantener el *status quo* hasta que se sepa cuál es la situación civil.

De hecho, y como vimos al principio de este trabajo, desde el punto de vista civil uno de los efectos más importantes de la declaración de nulidad es precisamente la restitución de las cosas a su estado anterior, tanto respecto a las partes como respecto a eventuales terceros que pudieran ser perjudicados

(36) Esta afirmación es reiterada doctrina del Tribunal Supremo. Así en la STS 18 de noviembre de 1993.

o beneficiados por el derecho objeto de la declaración de nulidad. Es el denominado efecto repristinador de la declaración de nulidad a que se refiere DE CASTRO en virtud del cual las cosas deben restituirse al estado que les correspondería de no haber existido el negocio nulo.

Ahora bien el sostenimiento de una postura similar supondrá una paralización de los efectos derivados del contenido del Registro de forma indiscriminada y en contra del principio de legitimación sin que exista una razón jurídica de suficiente peso que le sirva de apoyo, pues aun en el ámbito del Derecho Civil el interesado en impugnar una situación o en mantenerla debe ejercitar las acciones que el ordenamiento le reconoce al efecto. Incluso admitiendo que el Juez puede reconocer de oficio la existencia de una nulidad negocial ha de ser dentro del ámbito de un procedimiento en que se haya rogado su actuación.

Debemos distinguir las posibles soluciones del problema planteado en atención a la mayor o menor importancia que se dé a lo hasta ahora expuesto:

- a) *Los asientos intermedios entre la hipoteca y la anotación de demanda de nulidad no deben ser objeto de cancelación en tanto no se resuelva el declarativo*

Esta postura se identifica con los razonamientos que encabezan este epígrafe y pone todo su peso en el hecho de que la prioridad derivada del asiento de inscripción de hipoteca está en entredicho no sólo por lo que se refiere a la anotación derivada de la demanda, sino en cuanto a todos los asientos posteriores a la misma. Es el propio Registro el que sirve de obstáculo al Registrador para cancelar, pues son sus asientos los que proclaman que la hipoteca es objeto de impugnación, y esta circunstancia se extiende a todas las consecuencias derivadas de la misma.

Si la hipoteca resulta ser nula y nulo el procedimiento, no habrá producido efectos, por lo que resultará enormemente perturbador cancelar unos derechos que luego resulta que jamás dejaron de existir o cancelar las garantías de unos procedimientos que deberían haber continuado sobre el bien inscrito y perseguido.

Yo mismo entendí que esta es la postura que debió seguir el legislador en un comentario al artículo 236 del Reglamento Hipotecario y a la regulación prevista para el procedimiento extrajudicial (37).

(37) En dicho artículo pretendía analizar cómo quedaban los distintos intereses en juego si bien reconocía que la cancelación de asientos posteriores en el procedimiento extrajudicial derivada del artículo 236-0.3 del Reglamento Hipotecario era inevitable dado lo tajante y claro del precepto. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 635, julio-agosto de 1996.

Ciertamente la situación de los terceros posteriores a la hipoteca no es envidiable pues por un lado verán cómo sus asientos se cancelan y, por otro, cómo tal cancelación no debió llevarse a cabo por la declaración posterior de nulidad de la hipoteca. Si se trata de un titular de dominio o derecho real posterior a la hipoteca se verá en la necesidad de reinscribir su título en detrimento del adjudicatario de la subasta, que quedará sin el derecho adjudicado y con una acción para reclamar el dinero de la puja del acreedor ejecutante o incluso de terceros acreedores o del deudor hipotecante o tercer poseedor. Si los titulares posteriores lo son de anotaciones de embargo su procedimiento de ejecución se habrá frustrado, en cuanto al bien hipotecado, por lo que sólo les habrá cabido la opción de señalar otros bienes para ejecutar o bien desistir del procedimiento. Si han conseguido resarcirse con otros bienes la declaración de nulidad de la hipoteca les habrá resultado indiferente, pero si no han conseguido cobrar la deuda se encontrarán con que se canceló su garantía y ahora responde a un procedimiento que ya no existe, por lo que tienen que acudir a una nueva reclamación y a la nueva traba sobre el bien con pérdida de su rango registral.

La subsistencia de los asientos intermedios con todo no parece que sea la solución aconsejable no sólo porque para un procedimiento muy similar, como es el extrajudicial, claramente se impone la cancelación, sino porque no existe base legal suficiente para mantenerla.

Por un lado mantener que ningún asiento debe ser cancelado impone la afirmación contraria de que tampoco ningún asiento debe ser practicado por lo que no será inscribible el testimonio del auto de adjudicación a que se refiere la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Si la eventual nulidad de la hipoteca impone la del procedimiento y en base a ello no debe publicarse la extinción de derechos por purga hasta tanto se sepa si existe o no nulidad tampoco debe inscribirse la adquisición en favor del adjudicatario por la misma razón. Con ello el procedimiento no se ha suspendido por cuanto ha llegado a su final procesal, pero es evidente que sí se suspenden sus efectos registrales lo que no parece casable con la norma del artículo 132 de la Ley Hipotecaria. Téngase en cuenta que cuando se ha mantenido la subsistencia del asiento de anotación de demanda se ha hecho no en base a una excepción al citado precepto, sino a una colisión de preferencias que está por dilucidar. Si es cierto que el adjudicatario de la subasta está sujeto a las vicisitudes que puedan llegar al Registro hasta el momento de la inscripción de su derecho no es menos cierto que no se le puede privar del beneficio de inscribir precisamente porque la anotación de demanda no cierra el Registro y no impide el juego, en tanto se llega a una sentencia, del principio de legitimación que todo titular registral puede alegar en su favor.

Otro problema grave de la subsistencia de los asientos intermedios es que no existe una rogación que justifique su defensa, pues si bien es cierto que la

nulidad afecta a todas las consecuencias directas e indirectas de un negocio no es menos cierto que tales consecuencias deben ser reclamadas por aquél a quien pueda beneficiar. Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad los titulares intermedios han tenido en el juicio ejecutivo la intervención prevista por la regulación del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por lo que su defensa registral está completa y el Registrador no puede arrogarse una función protectora que ni siquiera han ejercitado en el orden civil los interesados.

- b) *Todos los asientos intermedios deben ser cancelados con excepción de la anotación preventiva de demanda de nulidad y del asiento del actor o interesado*

Puesto que no es admisible afirmar que el declarativo deje en suspenso la cancelación de todos los asientos posteriores a la hipoteca y anteriores a la anotación es preciso admitir que sean cancelados con la excepción del asiento de la demanda, puesto que no se conoce todavía si la preferencia de ésta prevalecerá frente a la de la hipoteca.

Como vimos con anterioridad el ejercicio de la acción de nulidad puede ser instado por cualquier persona que acredite un interés legítimo, si bien la práctica enseña que lo habitual es que sea una de las partes quien impugne el contrato; en concreto, el hipotecante. En este caso el actor de la acción coincidirá con el titular registral del dominio o derecho hipotecado por lo que la purga derivada de la ejecución de la hipoteca no le afectará propiamente; su derecho no desaparece del Registro por una cancelación formal, sino por una inscripción contradictoria de transferencia en los términos del artículo 76 de la Ley Hipotecaria. La pretensión del actor irá dirigida a la cancelación del derecho real de hipoteca y a la de todos los que de él traigan causa de forma que su dominio o derecho real vuelva a ser la última inscripción que publique la titularidad sobre el mismo.

Nada obsta a que sea un tercero perjudicado por la existencia de la hipoteca y con derecho posteriormente inscrito el que inste el ejercicio de la acción de nulidad. Si el tercero interesado es titular del dominio como tercer poseedor su pretensión es idéntica a la del supuesto anterior.

También puede que el tercero actor sea titular de un derecho real limitado incompatible con la hipoteca ejecutada en cuyo caso su pretensión irá destinada a que se cancele la hipoteca y a que su inscripción subsista. Lo mismo ocurrirá si el tercero interesado no es titular de un derecho real, pero está ejercitando una acción que lleve emparejada ejecución y ha conseguido anotación preventiva de embargo. En todos estos casos el tercero no sólo quiere que la hipoteca no subsista, sino que además desea mantener el rango registral de su derecho para evitar su perjuicio.

Es decir, si la pretensión del actor es que la prioridad derivada del Registro de la Propiedad y que afecta a su asiento no se vea perjudicada por la hipoteca impugnada, le ampara la misma razón jurídica que al actor de la demanda de nulidad que no sea titular registral en el sentido de que lo que se pone en juego en el conflicto entre dos prioridades registrales. Siendo así todo actor con derecho intermedio inscrito o anotado conferirá a su asiento desde que se anote la demanda el mismo efecto de no ser cancelado como consecuencia del ejercicio de la acción sumaria.

Al principio vimos cómo existen numerosos recursos procesales para que los diversos interesados en el ejercicio de la acción declarativa vayan sumándose y formando parte activa del procedimiento, con lo que, aun no siendo actores, pueden beneficiarse de sus efectos e intervenir con las alegaciones que tengan por conveniente.

Para que este efecto se produzca debe resultar del propio Registro de la Propiedad que la prioridad de un asiento en relación con la hipoteca está en conexión con la anotación de demanda de nulidad. Aquellos titulares que no hayan impugnado el contenido del Registro no recibirán protección alguna mientras que los que sí lo hayan hecho como actores o como terceros interesados en el procedimiento podrán solicitar del Juez que se les conserve el rango que tenían al tiempo de interponer la acción o de sumarse a ella.

Tal solución es, sin embargo, insostenible.

En primer lugar porque el Juez que conozca del procedimiento declarativo no puede adoptar resoluciones que afecten al procedimiento sumario fuera de lo previsto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria: La decisión de que se retenga el precio de remate implica precisamente que el Juez del declarativo no se ha inmiscuido en absoluto en el procedimiento sumario que sigue hasta su consumación, excepción hecha de la entrega del dinero, incluida adjudicación y purga de derechos posteriores (38).

En segundo lugar porque, en sintonía con lo anterior, los derechos de los interesados están salvaguardados por la anotación de la demanda, la cual no será objeto de cancelación y no por los eventuales asientos a cancelar que tienen la preferencia tabular que resulte de su situación en el Registro de la Propiedad sin que la mera existencia de la anotación pueda modificar en absoluto dicha circunstancia.

En tercer lugar llevaría o bien a situaciones imposibles o, de nuevo, a suspender los efectos del procedimiento en contra de lo dispuesto en la Ley.

(38) El actor tendría que solicitar del Juez que asegure las resultas del procedimiento y su pretensión con una medida de aseguramiento completamente excepcional: que no afecte al actor o interesado una resolución judicial dictada por otro Juez en un procedimiento distinto y excluido legalmente de la acumulación de autos. El Juez tendría que dictar una resolución en relación a un procedimiento en el que carece absolutamente de competencia.

Si se mantuviese la inscripción de dominio del tercer poseedor; una de dos: o no se inscribe el auto de adjudicación derivado de la hipoteca en contra de lo previsto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria o si se inscribe, en cuyo caso no hay tal mantenimiento de inscripción por extinción del derecho derivada de la transferencia (art. 76 Ley Hipotecaria). Si el derecho real limitado posterior a la hipoteca se mantiene inscrito supondría que la inscripción de adjudicatario habría de hacerse sin perjuicio de tal derecho, lo que nuevamente va en contra de lo previsto en la Ley Hipotecaria y de su propio derecho a ser titular en los términos que resulten del procedimiento sumario. Si la anotación de embargo posterior a la hipoteca se mantiene vigente, la inscripción en favor del adjudicatario se vería postergada frente a dicha anotación y huérfana además de la inscripción de hipoteca, que se habrá cancelado, de la que derivaba la preferencia que justifica que dicho embargo no le perjudique por lo que podría llegarse al extremo de que se pretenda inscribir la adjudicación de dicho embargo en perjuicio del adjudicatario de la subasta de la hipoteca o de un ulterior adquirente en base a un asiento que, registralmente, no ha tenido nunca rango para ello.

La cancelación de los asientos intermedios, incluso la de aquellos titulares que accionan para impugnar la hipoteca, es una consecuencia inevitable del sistema de purga derivado de la ejecución de la hipoteca. La pretensión del actor o de los interesados en el procedimiento civil no puede ir dirigida a conseguir una paralización más o menos reconocida del procedimiento sumario, sino a anular sus efectos caso de que la sentencia reconozca la nulidad de la hipoteca y, por tanto, del procedimiento que de ella derive. El actor y el interesado en conservar sus derechos deben solicitar del Juez que conozca de la demanda que asegure su pretensión mediante la anotación preventiva de demanda y que ejecute su decisión mediante la cancelación de los asientos derivados de la ejecución de la hipoteca declarada nula lo que nos lleva a la tercera de las posibles soluciones.

c) *Cancelación de todos los asientos intermedios con salvaguardia de la anotación de demanda de nulidad de hipoteca*

Es la consecuencia natural del procedimiento de ejecución sumario y, desdeñadas las anteriores posibilidades, la que resulta más conforme con la lógica del sistema de ejecución hipotecaria. Puesto que la existencia de una impugnación del título que sirve de base a la hipoteca no tiene en ningún caso la virtualidad de suspender el procedimiento de ejecución es forzoso concluir que deben inscribirse las consecuencias del mismo tanto las que se refieren a la inscripción en favor del adjudicatario como a la cancelación de titularidades posteriores.

Si la acción prospera y es declarada la nulidad de la hipoteca se hará lo que ordene el Juez en su sentencia. Lo lógico es que el Juez, en congruencia con las pretensiones de las partes, ordene la cancelación de la hipoteca impugnada (39), de los asientos posteriores a la anotación de conformidad con lo previsto en el artículo 198 del Reglamento Hipotecario y, entre ellos, del asiento de inscripción y del de cancelación derivados, respectivamente, del testimonio del auto de adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas inscritos al finalizar el sumario.

Como consecuencia de la cancelación del asiento de inscripción del adjudicatario y de los que de él traigan causa, el derecho objeto en su día de adjudicación volverá a constar inscrito en favor del último titular anterior a dicha adjudicación, ya fuere el propio hipotecante ya un tercer poseedor.

A consecuencia de la cancelación del asiento de cancelación (40) cobran vigencia los asientos que fueron una vez cancelados y podrán desarrollar todos sus efectos (41). Cuestión importantísima en este momento es determinar si para proceder a dicha cancelación es preciso acreditar ante el Registrador la devolución al adjudicatario de la subasta del precio que satisfizo por la finca. Así lo entiende GARCÍA GARCÍA (42), en base a que el Registro debe publicar las consecuencias de la nulidad y, por tanto, la restitución hecha al adjudicatario del precio satisfecho de forma que su interés sea debidamente protegido.

(39) Si la ejecución de la hipoteca no se ha consumado se procederá a la cancelación ordenada. Si la ejecución ha finalizado la cancelación de la hipoteca no se llevará a cabo porque ya se habrá practicado como consecuencia del propio procedimiento sumario.

(40) La cancelación de la cancelación es un concepto que suena extraño pese a lo cual es perfectamente posible. Dado que la cancelación es una mera presunción *iuris tantum* de extinción del derecho inscrito nada impide que se impugne tal declaración. Así el inciso final del artículo 103 de la Ley Hipotecaria determina la nulidad del asiento de cancelación realizado sin reunir los requisitos formales que el propio precepto recoge, el artículo 182 del Reglamento Hipotecario a su vez acepta expresamente que el asiento de cancelación pueda ser impugnado con toma de razón de la demanda en que se pretenda.

(41) En teoría el Juez debe limitarse a cancelar los asientos de cancelación que se le hayan solicitado. Si los terceros posteriores a la hipoteca no se han personado en ningún momento en el procedimiento declarativo no habrán solicitado del Juez que mantenga sus derechos cancelando las posibles cancelaciones de los mismos. El principio de rogación exige que el Juez se limite a dar cumplimiento a las pretensiones reconocidas de las partes pero no a ampararlas sin rogación. Estos terceros que habrían visto perdida su prioridad frente a una hipoteca no impugnada por ellos no tendrían mas remedio que intentar la reinscripción de sus derechos con la prioridad que resulte entonces del orden registral. De todos modos si el Juez ordena la cancelación genérica del asiento de cancelación el Registrador no debe entrar a calificar tal circunstancia por caer fuera de su ámbito la corrección de la decisión del juzgador.

(42) Quien estudia el problema en relación al incidente de nulidad de actuaciones. *El Procedimiento Judicial Sumario de Ejecución de Hipoteca*, Civitas, 1994, págs. 352 y ss.

No comparto dicha opinión, a pesar de lo autorizadísima que es, en base a que lo que se trata de inscribir es la sentencia judicial firme de declaración de nulidad de un derecho inscrito y no todas las consecuencias de la nulidad que será objeto en su caso de ejecución de sentencia (43). Si se tratase de un mero acuerdo privado entre las partes interesadas es claro que dicha circunstancia deberá resultar del título a inscribir, pero tratándose de una resolución judicial firme no es preciso que así conste. Piénsese que el adjudicatario quizá no se haya personado siquiera en el procedimiento para defender su derecho, por lo que ni siquiera podrá el Juez ordenar que se le restituya sin más el precio de adquisición. Por otro lado, la eventual retención del precio del procedimiento sumario a resultados de lo que resulte del declarativo es solamente potestativa, no es obligatoria para el actor, como claramente se deduce del artículo 132 de la Ley Hipotecaria; en este supuesto si el actor de la acción civil no está relacionado con la finca (es un acreedor sin derecho anotado por ejemplo) cómo conseguirá que el acreedor devuelva lo que recibió en pago de su crédito, cómo conseguirá que terceros posteriores a la hipoteca que recibieron el saldo restante hagan lo propio si ni siquiera tendrá acción contra ellos (44).

Bastará por tanto con reunir los requisitos generales de inscripción y estarse a lo que resulte de la sentencia de conformidad con lo que establece el artículo 198 del Reglamento Hipotecario (45).

(43) Véase la regulación procesal de la ejecución de sentencias en el Título VIII de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dice el artículo 921: «*Si la sentencia condenare al pago de cantidad determinada y líquida se procederá siempre, y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado, al embargo de sus bienes en la forma y por el orden prevenido para el juicio ejecutivo...*».

Y el artículo 926 del mismo cuerpo legal: «*Cuando en virtud de la sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión de la misma, practicando a este fin las diligencias conducentes que solicite el interesado...*»

(44) El legitimado pasivamente en la acción declarativa ya vimos que es el acreedor hipotecario y quien le suceda en la titularidad; por tanto es a ellos a quien compete la defensa de sus derechos y la exigencia de proceder diligentemente para la restitución de las prestaciones derivadas del negocio nulo. Es el adjudicatario, sucesor procesal del demandado, el que deberá instar a que se le restituya el precio que satisfizo.

La STS de 27 de julio de 1996 confirma la de la Audiencia de San Sebastián en cuyo fallo declarativo de nulidad de actuaciones de un procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se decía lo siguiente: «*...CONSIDERANDO QUINTO...y disponiendo la devolución a D....del principal del precio satisfecho de ... pesetas con sus correspondientes intereses a contar desde su entrega, por quien o quienes se acredite en el cumplimiento de la presente resolución haber sido destinatarios de la citada suma*». Resulta evidente por tanto, que, de entre todos los demandados sólo resultan condenados a devolver la referida cantidad con sus intereses aquel o aquellos que la hubieran percibido, a determinar en ejecución de sentencia...»

(45) Pensemos en un supuesto distinto pero de alcance similar. Si un Juez decreta la nulidad de una compraventa inscrita en el Registro de la Propiedad y la cancelación

II. LA ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE ACTUACIONES.

A diferencia del supuesto estudiado en el epígrafe anterior, la pretensión del actor es completamente distinta cuando lo que se pretende es la nulidad de actuaciones en el procedimiento sumario. Ya no se trata de instar la extinción, por inexistente, de la hipoteca que sirve de base al proceso, sino, bien al contrario, el actor pretende que se reproduzca el procedimiento, a partir de determinado momento, con mantenimiento de la hipoteca. De hecho la pretensión del actor puede llegar, según cual sea el momento procesal, a promover la resurrección del derecho de hipoteca extinguido y cancelado como consecuencia de un procedimiento finalizado de ejecución.

El fundamento de dicha pretensión no se halla, por tanto, en el derecho impugnado, cuya existencia actual es esencial para dar satisfacción al actor, si no en la vulneración de las normas de procedimiento. Es preciso por tanto hallar las fuentes legales que sirvan de base para una resolución judicial que produzca los importantes efectos que se pretenden.

Por un lado, la nulidad de actuaciones está regulada en los artículos 238 a 243 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. De su regulación nos interesa extraer lo siguiente:

«Art. 238. Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1.² Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2.^a Cuando se realicen bajo la violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.

3.^a Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

Art. 240.1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

2. Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsana-

del asiento que la motivó no parece que sea exigible la acreditación de la restitución de las prestaciones pues así como el efecto sanador de la titularidad anterior resulta del propio pronunciamiento hay otros efectos como la restitución de la posesión o del precio que escapan a la calificación y que son innecesarios para cancelar.

ción, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular».

Y dice el artículo 132 de la Ley Hipotecaria: *«Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre...nulidad de las actuaciones..., se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda...»*

Se distinguen por tanto dos sistemas distintos por los cuales alcanzar la nulidad de las actuaciones (46): en uno es el propio Juez el que de oficio abre el incidente de nulidad de actuaciones. El fundamento de una atribución tan especial es la propia consideración de las normas de procedimiento como de orden público susceptible de salvaguardia sin necesidad de una especial rogación de parte. Lógicamente la no existencia de rogación no implica que el Juez no inicie el incidente como consecuencia de la actuación de una de las partes que le inste en ese sentido (47). Lo importante es que es el Juez, a iniciativa propia o como consecuencia del conocimiento del peligro de nulidad puesto de manifiesto por tercero, el que abre e impulsa el incidente de nulidad (48). El artículo 240 de la Ley Orgánica establece un sólo requisito temporal, que no haya recaído sentencia definitiva, y un requisito de procedimiento relativo a la audiencia de las partes (49).

Dentro del mismo procedimiento, y si no hay declaración de oficio, la nulidad de actuaciones debe hacerse valer por la parte interesada por medio

(46) Tres en realidad como reiteradamente ha distinguido el Tribunal Constitucional; así en la Sentencia de 15 de noviembre de 1990: *«...De la regulación de la materia relativa a la nulidad de los actos judiciales en la LOPJ y tras la supresión del incidente de nulidad de actuaciones se desprende que son tres las vías a través de las cuales pueden invalidarse aquellos cuando estén afectados por vicios que alcanzan la trascendencia que indica el artículo 240,1.º de la LOPJ, a saber: la primera, a través de la interposición de los recursos articulados por las leyes procesales (art. 240,1.º LOPJ); la segunda, mediante declaración de oficio por el órgano judicial siempre que no haya recaído definitiva (art. 240.2 LOPJ); y finalmente acudiendo a los demás medios que establezcan las leyes procesales»* (art. 240.1 in fine LOPJ).

(47) En este sentido, entre otros, JOSÉ MARÍA MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, *La Nulidad de Actuaciones en el proceso civil*, Colex, 1996, pág. 322.

(48) La terminología «incidente de nulidad» no es correcta en la actualidad ya que la Ley 34/1984 suprimió la posibilidad de plantearlo como tal dentro de un procedimiento. La regulación actual de la Ley Orgánica recoge dicha supresión al reservar a los recursos y a los demás medios el conocimiento de la vulneración de las normas de procedimiento. Toda alusión por tanto a un incidente de este tipo debe entenderse referida a alguno de los medios a que se refiere el repetido artículo 240.

(49) Como pone de relieve la doctrina no existe ni en la Ley Orgánica ni en ningún otro sitio una regulación de cuál haya de ser el procedimiento para la declaración de nulidad de oficio. La práctica demuestra que apercibido el Juez de la posible existencia de causa de nulidad, decreta la apertura del trámite, convoca a las partes y sin más dilación dicta la resolución correspondiente.

de los recursos previstos en la norma procesal para la revisión de las decisiones judiciales. Por tanto, corresponde al que se sienta perjudicado por la marcha del procedimiento la iniciativa, mediante la interposición de los recursos pertinentes, para el reconocimiento de la nulidad y la retroacción del proceso al momento inmediatamente anterior a la resolución que la provocó.

Distinto del sistema de recursos es la posibilidad de acudir a un procedimiento declarativo distinto (50). El recurso ordinario es un procedimiento normal, plenario, en el que rigen los principios ordinarios de rogación e impulso de parte. A él se refiere el último inciso del número 1 del artículo 240 de la Ley Orgánica y el artículo 132 de la Ley Hipotecaria. De especial importancia es esta posibilidad en lo que nos atañe dado que la naturaleza sumaria del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria impide que la resolución (auto) que la pone fin alcance el efecto de la cosa juzgada amen de tener un sistema de recursos (apelación) limitado. De ahí precisamente la posibilidad que reconoce el artículo 132 de comenzar un proceso distinto para desvirtuar lo que se resolvió en el sumario.

La jurisprudencia ha reconocido las diferencias entre la actuación de oficio por el Juez y la interposición de un procedimiento ordinario, valga como ejemplo el considerando tercero de la STS de 19 de julio de 1994 (51):

«TERCERO.—En el tercer motivo se denuncia la posible incongruencia que supuso no aceptar el Juzgado primero, y después la Audiencia, el allanamiento que efectuaron las entidades ejecutantes entonces y demandadas ahora. Desde luego esta Sala no comparte el criterio de los Tribunales de instancia, atribuyendo a este juicio declarativo, y a la petición de nulidad que en el mismo se postula, el carácter o la naturaleza propia del orden público procesal. En la regla 6.ª del número 4.º del artículo 132 de la Ley Hipotecaria se hace una remisión al juicio declarativo, para que en el mismo se ventilen: "todas las demás reclamaciones..."; es decir, la amplitud del conocimiento no tiene límites, ni cabe identificarlo con un incidente de nulidad de actuaciones, en el sentido estricto de la expresión; por este motivo los principios procesales dispositivo y de rogación están plenamente vigentes, y las partes pueden instar o apartarse de la litis, así como oponerse a la misma o allanarse...».

(50) A lo que hay que añadir el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional aunque para ello, y según reiterada doctrina del Alto Tribunal, es preciso agotar las vías de recurso ordinarias.

(51) Finalizado un procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, uno de los codemandados en dicho procedimiento impugna en vía declarativa la validez del procedimiento alegando que no se le había requerido oportunamente de pago. La entidad bancaria acreedora se allana a la demanda pero el Juez de instancia y la Audiencia en apelación, desestiman el allanamiento.

Tratándose de supuestos distintos regulados por normativas distintas con requisitos diversos está justificado que disociemos su estudio en relación con el Registro de la Propiedad que es lo que nos interesa.

1. LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE NULIDAD DE ACTUACIONES EN EL PROCEDIMIENTO SUMARIO DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA

La declaración de nulidad puede producirse dentro del procedimiento en general y por tanto dentro del procedimiento sumario. No se trata de un supuesto de suspensión no previsto en el artículo 132, sino, por el contrario, de un supuesto de continuación del procedimiento si bien con retroacción de actuaciones a un momento determinado. Ciertamente no es cuestión que esté prevista en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pero es lógico que así sea, pues el precepto regula las normas de procedimiento y no las de nulidad del procedimiento. El artículo 132 sólo se refiere a la demanda en procedimiento ordinario de nulidad de actuaciones, pero es evidente que no se excluye la declaración de oficio, que, como hemos visto, es cuestión de orden público, prevista en la norma general de la Ley Orgánica.

Lo que nos interesa destacar es que tal y como se plantea la declaración de oficio raramente llegará al Registro de la Propiedad su iniciación, por lo que no producirá asiento alguno sobre el que debamos plantearnos cuestiones de eficacia o subsistencia. Distingamos, no obstante, las posibles situaciones a fin de diferenciar las consecuencias en uno u otro supuesto:

a) *Declaración de nulidad de oficio dentro del procedimiento sin toma de razón en el Registro de la Propiedad*

Lo normal será que, planteada la cuestión de nulidad, se ventile sin contacto alguno con el Registro. Si el Juez decide la apertura de la cuestión durante la substanciación del procedimiento llevará a cabo la audiencia de las partes y tomará la correspondiente decisión sin que ordene asiento alguno, de modo que, de producirse retroacción de actuaciones, el procedimiento siga su curso hasta su finalización. La razón es que no existe un problema de prioridad ni de eficacia negativa de la publicidad registral, pues tales efectos se derivan del propio asiento de hipoteca que no es objeto de cuestión. La eficacia de la resolución de declaración de nulidad de actuaciones se agota en el propio procedimiento y la propia celeridad y sencillez de sus trámites invita a que toda la actuación se inicie y finalice sin contacto exterior con el Registro.

Quizá tenga conocimiento el Registrador de la existencia de una nulidad de oficio por el testimonio del auto a que se refiere la regla 17.^a de la Ley

Hipotecaria, pero es irrelevante tal conocimiento, pues será conforme al auto definitivo, firme, como llevará el Registrador a cabo su calificación.

La declaración de nulidad quizá sólo produzca, por la retroacción, la necesidad de solicitar y expedir una nueva certificación de dominio y cargas de las que contempla la regla 4.^a del referido artículo 131. Pero ni aun así hay un efecto especial. No es frecuente, pero ocurre en algunas, que, como consecuencia de la pérdida de la original o por otra razón, se solicite una segunda certificación del estado del Registro a efectos de ejecución. Dichas certificaciones se expiden sin mayores problemas (siempre que provengan del mismo Juzgado como es lógico) y sólo serán tenidas en cuenta en la calificación del mandamiento de cancelación de cargas, a fin de verificar que los titulares registrales que aparezcan en la segunda certificación, coincidan o no con la primeramente expedida, han sido debidamente citados conforme a las reglas del propio artículo 131.

No hay, por tanto, toma de razón en el Registro de la existencia de un «incidente de nulidad», por lo que sus efectos se producen dentro del procedimiento sin alcanzar los asientos del Registro.

b) *Declaración de nulidad de oficio dentro del procedimiento con toma de razón en el Registro de la Propiedad*

Aunque la trascendencia de la cuestión se limite al procedimiento, nada obsta a que el Juez que conozca de la misma ordene su publicación en el Registro de la Propiedad. La constante doctrina de la DGRN en materia de anotaciones preventivas afirmando que, pese al sistema de *numeras clausus*, es admisible la toma de razón de aquellas situaciones que puedan tener eficacia real, nos permite aceptar la anotación preventiva en un supuesto semejante (52). Ciertamente si el procedimiento se cuestiona, para ventilar la posible declaración de nulidad, en un momento en que no existe todavía adjudicación por subasta no podemos hablar todavía de efectos reales plenos lo cual no debe ser óbice para tomar la anotación preventiva pues con ella precisamente se publica que los efectos reales de la ejecución de la hipoteca están cuestionados en el mismo procedimiento y aunque el mismo llegue a su fin. Si existe mutación jurídico real en formación, porque ya existe remate aunque no esté aprobado definitivamente por el Juez, es evidente la posibilidad de tomar anotación preventiva.

Lo que ocurre es que la anotación preventiva no será propiamente de demanda ya que no existe tal y ni siquiera tiene que existir instancia de parte. Su eficacia, por tanto, también será distinta en la medida en que, no finali-

(52) Que además, como hemos visto más arriba, no tiene nunca el efecto de suspender la marcha del procedimiento sumario.

zado el procedimiento y no alterado el contenido del Registro, su objeto no es impugnar su contenido. No habiéndose producido inscripción de adjudicación ni asiento de cancelación no hay asiento que contradecir. En consecuencia, la anotación preventiva desplegará efectos de mera publicidad, limitados a poner en conocimiento de los posibles terceros que existe un procedimiento de ejecución sumario como consecuencia de una hipoteca inscrita anteriormente y que dentro de dicho procedimiento se está ventilando una cuestión de nulidad. Pensemos en la existencia de titulares no inscritos que acceden con posterioridad al Registro; por medio de la anotación pueden tomar conocimiento de la existencia de un procedimiento que no se les ha notificado y adoptar la postura procesal que les convenga (53).

Como consecuencia de su especialidad la anotación preventiva no será propiamente de demanda, sino de declaración de nulidad de oficio y deberá reunir los requisitos propios de toda anotación adaptados a su naturaleza. En comparación con las anotaciones de demanda no será preciso que conste la fecha del proveído admitiendo la demanda ni tampoco las circunstancias del demandante o del demandado (art. 166.2 del Reglamento Hipotecario). Sí que será necesario que el mandamiento especifique el objeto de la anotación y que se inserte literalmente la providencia acordando la toma de razón (art. 165 del Reglamento). La especialidad de la anotación debe quedar específicamente reflejada en el Registro de la Propiedad, ya que sus efectos difieren de los de otras anotaciones y especialmente de los de la anotación preventiva de demanda de nulidad de la hipoteca.

Problema especialmente importante es determinar cuáles son los requisitos de tracto sucesivo exigibles por el Registrador para poder practicar la anotación preventiva. El artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere a la necesaria audiencia de las partes y ciertamente no existe tal concepto en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. No

(53) Empero la anotación no suple la nota marginal de expedición de certificación a que se refiere la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por ser ésta una garantía específica del procedimiento para vincular a los terceros posteriores a sus resultados. Quiero decir que si como consecuencia de la nulidad de actuaciones es preciso expedir una segunda certificación de la que resulta la existencia de terceros que no se consideraron en la primera y que deben ser debidamente notificados, si tal notificación no se ha llevado a cabo no se entiende suplida por la existencia de la anotación preventiva por tener aquélla una finalidad y un contenido específico que no sustituye ésta. La falta de notificación impedirá la debida cancelación ordenada de acuerdo con la regla 17.^a

Otra cosa será que no exista indefensión material si se acredita que, precisamente por la existencia de la anotación el tercero conoció y no se incurrió en indefensión, pero esto es cuestión que está por completo fuera del alcance de la calificación del Registrador. Véase no obstante la Res. DGRN de 24 de agosto de 1988 en la que se consideró salvada la falta de notificación a un acreedor posterior precisamente porque resultaba acreditado que conoció la existencia del procedimiento del artículo 131 por medios distintos a la notificación.

obstante, en la medida que todos los que participan de un modo u otro en el procedimiento son interesados en el mismo y en la medida que su posición procesal, puede variar de prosperar la declaración, el Juez debe tenerlos en cuenta antes de dictar una resolución si no desea caer en otra posible causa de nulidad de actuaciones (54).

Desde luego si existe adjudicación no aprobada definitivamente de la finca hipotecada es notorio que tanto el adjudicatario como los terceros posteriores a la hipoteca deben ser tenidos en cuenta en el «incidente» pues su posición en el procedimiento puede resultar completamente afectada e incluso puede que resulten obligados a la restitución de las prestaciones derivadas de la adjudicación.

Más espinoso es la determinación de cuáles de los posibles terceros, anteriores o posteriores a la nota de expedición de certificación de la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, deben ser tenidos en cuenta. La nota de la regla 4.^a no tiene solamente la finalidad de suplir la notificación individual a que se refiere la regla 5.^a del mismo precepto; además tiene la virtualidad de congelar la situación procesal en beneficio del propio procedimiento. A partir de ese momento el Juez puede desconocer la existencia de ulteriores interesados y la iniciativa para formar parte del procedimiento y seguir todas sus vicisitudes, incluida la que nos interesa, corresponde a los propios interesados (55). De hecho, el Juez ignorará la existencia de otros interesados distintos a los de la certificación que haya sido aportada a los autos; sólo si un tercero posterior se ha personado por iniciativa propia será requerido para que comparezca.

Lo mismo podemos decir de cuando el procedimiento está en un momento procesal anterior a la celebración de la subasta, pero ya se han practicado las notificaciones a eventuales interesados. Pero la declaración de nulidad puede plantearse en un momento todavía anterior, inmediatamente después de admitida la demanda y antes de solicitarse la expedición de certificación de cargas. Nuevamente hemos de tener en cuenta que el Juez desconocerá su existencia y ni siquiera habrá transcurrido un período hábil para que manifiesten su interés en el juzgado. Lo cierto es que el procedimiento todavía no ha trascendido a terceros y no ha pasado de los efectos entre los directamente interesados (requerimiento de pago) como primera fase del desenvolvimiento del derecho real de hipoteca.

Al contrastar la situación procesal en que se desenvuelve la nulidad de actuaciones con los requisitos de tracto que se derivan de la legislación hipo-

(54) Este mismo punto de vista lo mantiene GARCÍA GARCÍA en su *El Procedimiento Judicial Sumario de Ejecución de Hipoteca*, Civitas, 1994, pág. 349.

(55) Compárese lo que dice la regla 5.^a del artículo 131 con lo dispuesto, respecto de terceros poseedores, en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria.

tecaria tenemos que resolver dos cuestiones muy ligadas entre sí: una relativa a si del mandamiento judicial debe resultar que han sido citados el titular de la hipoteca y el deudor hipotecario, y dos, si del propio mandamiento debe resultar la citación de todos los titulares posteriores a la hipoteca. La respuesta a ambas cuestiones es, según mi opinión, negativa por las siguientes razones:

— En la declaración de oficio de la nulidad procesal no estamos ante un acto de parte, sino que, como reiteradamente se ha afirmado, nos encontramos ante un acto de autoridad del Juez derivado de su imperio y del carácter de orden público de las normas procesales. En consecuencia, el principio registral de tracto sucesivo debe quedar cumplido con la comprobación de que la hipoteca a la que afecta la decisión de abrir el procedimiento de nulidad es la misma que consta inscrita.

— Como estamos ante una actuación de oficio cuya iniciación es lo que se trata de publicar, no será preciso que conste que se ha citado a las partes pues tal circunstancia es un requisito para culminar el procedimiento, pero no para iniciarlo. Nótese que el artículo 240 de la Ley Orgánica habla sólo de que el Juez dará audiencia a las partes, pero sin señalar que su cita previa sea requisito para tomar la decisión de abrir la pieza de nulidad. La adopción de la medida se realiza sin audiencia de parte que sólo en un momento posterior podrá alegar lo que estime pertinente. Esta actuación no es extraña en nuestro derecho procesal (56).

— Por la misma razón no será preciso que conste la notificación o citación a los titulares posteriores a la hipoteca y no sólo porque el Juez conozca o desconozca su existencia, sino además porque sus titularidades registrales no son en absoluto objeto de impugnación. Si como consecuencia de la declaración de nulidad procesal se les produce un perjuicio, tienen abierta la vía correspondiente para hacer valer sus derechos (precisamente las que estamos estudiando) pero sin que el Registrador deba entrar en si está bien o no constituida la relación procesal de la pieza (57).

Por lo que se refiere a la cancelación de la anotación preventiva puede llegar por una doble vía, bien porque el Juez decida por Auto sobre el incidente y ordene la cancelación en el Registro de la Propiedad una vez que haya

(56) Así en el embargo preventivo, artículos 1.403 y 1.404 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la anotación de responsabilidad civil derivada del delito o en el embargo derivado del delito, artículos 589, 616, 619 y 621 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También la anotación preventiva de demanda en general se decide sin audiencia de parte con la diferencia de que, al existir demanda propiamente dicha, debe existir ya un demandado aunque todavía no esté citado.

(57) Véase el inciso final de la Res. DGRN de 25 de febrero de 1994.

adquirido firmeza, bien porque a pesar de la decisión tomada no se ordene la cancelación específica en cuyo supuesto, una vez finalizado el procedimiento, la cancelación se ordenará como una más dentro de la previsión de la regla 17.^a del artículo 131. En ambos casos la cancelación se verifica en virtud de mandamiento emanado de la autoridad judicial que lo ordenó, por lo que se cumplirá rigurosamente con lo establecido en los artículos 83 y 84 de la Ley Hipotecaria.

c) *Declaración de nulidad del procedimiento sumario decretada en vía de apelación*

Dentro del procedimiento sumario puede darse la circunstancia de que la nulidad se haga valer por vía de apelación, normalmente contra el auto por el que se apruebe el remate o bien contra el que apruebe definitivamente el procedimiento. De hecho, y para todos los procedimientos en general, es el medio preferido por el legislador como cauce para decretar la nulidad de actuaciones, pues técnicamente el proceso no está terminado y la nulidad se plantea, como una cuestión más, dentro del recurso legalmente establecido.

La situación registral empero no ha variado: la falta de firmeza del auto correspondiente habrá impedido el acceso al Registro del resultado del procedimiento sumario.

A diferencia del supuesto anterior, ahora ya existe instancia de parte, el que se sienta perjudicado por la resolución impugnada, por lo que en el mandamiento deberá constar su identidad y el proveído admitiendo el recurso a fin de reflejarlo en el asiento registral que se practique.

Lo que no varía es la innecesiedad de que en el mandamiento resulte la citación a las partes o a titulares posteriores a la hipoteca. La pretensión del apelante va dirigida a la declaración de nulidad de los autos del procedimiento sumario pero no a la impugnación del contenido del Registro de la Propiedad que no se ha alterado. La correcta construcción de la relación jurídico procesal derivada de la apelación es cuestión que compete al Tribunal (58).

La cancelación de la anotación se deberá ordenar, de acuerdo con el artículo 84 de la Ley Hipotecaria, por el mismo Tribunal (Audiencia) que la ordenó.

(58) Véase el artículo 888 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del que resulta que es la Audiencia la que una vez recibidos los autos debe entregarlos a las partes. En un procedimiento como el sumario en el que, según el momento procesal, pueden existir distintos interesados con posiciones procesales distintas es especialmente claro que no corresponde al Registrador si no al juzgador velar por los eventuales derechos de los que hayan o puedan haber intervenido en el procedimiento.

d) *Declaración de nulidad de oficio una vez terminado el procedimiento con reflejo en el Registro de la Propiedad*

Hemos visto que el único requisito temporal exigido por el artículo 240 de la Ley Orgánica es que no haya recaído «sentencia definitiva» en el procedimiento de que se trate lo cual lleva a plantear la cuestión de si el auto firme puede ser equiparado a dicho supuesto o, por el contrario, si en todos aquellos supuestos en que no exista cosa juzgada puede incoarse un incidente de nulidad de actuaciones aun después de resultar firme la resolución que le puso fin. Lo cierto es que a los efectos de este trabajo tal circunstancia es irrelevante por ser cuestión que no entra dentro del ámbito de las calificables por el Registrador. Bástenos con saber que existe una Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988 (59) en la que el Alto Tribunal consideró que el auto firme que pone fin al procedimiento ejecutivo sumario no es equiparable a una sentencia definitiva (60).

La anotación, por tanto, deberá practicarse, si así se ordena, aún después de recaído el auto firme y de haberse practicado la inscripción de adjudicación y las de cancelación que haya ordenado el Juez del sumario. Precisamente es esta circunstancia la que diferencia, aparte del factor tiempo, a las anotaciones de cuestión de nulidad en este supuesto; puesto que el Registro publica ya una serie de modificaciones jurídico reales que serán o que pueden ser afectadas por la declaración de nulidad, la anotación tendrá como finalidad el aseguramiento de la eventual impugnación del contenido del Registro. A pesar de que la anotación no reflejará propiamente una demanda, puesto que el origen de la actuación será el propio Juez, nuevamente, el objeto de la misma será el propio de las de demanda y, por consiguiente, asegurará las resultas de su declaración de nulidad vinculando a cualquier tercero que ins-

(59) El argumento básico del Tribunal Constitucional es que no cabe aplicar análogamente la restricción temporal del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al supuesto de la regla 17.* del artículo 131 de la Ley Hipotecaria al no existir identidad de razón entre el supuesto de la norma (sentencia definitiva) y el auto que pone fin a este procedimiento. No se puede privar por tal razón del derecho a ejercer la tutela judicial efectiva dentro del mismo procedimiento forzando la interposición de un nuevo procedimiento ordinario.

(60) Es interesante el supuesto de hecho de la STS de 27 de julio de 1996: Ante la calificación desfavorable del Registrador de la Propiedad de Bergara a inscribir un auto de adjudicación derivado de un procedimiento sumario, se insta el oportuno recurso gubernativo que fue desestimado por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. A la vista de la resolución el interesado adjudicatario insta del Juzgado que conoció del sumario la nulidad de actuaciones siendo contestado por Auto de dicho Juzgado de fecha 15 de enero de 1990 en el que desestima la petición por entender que no era «momento ni medio adecuado el solicitar la nulidad de las actuaciones, debiendo las partes acudir al procedimiento declarativo correspondiente para hacer valer en él sus pretensiones...», procedimiento que es precisamente el que llega al Alto Tribunal.

criba su derecho con posterioridad a la misma. Estos terceros posteriores podrán personarse en el «incidente» de nulidad, ya que, para ellos, la declaración de nulidad procesal tendrá gravísimas consecuencias, pues el Juez ordenará la cancelación de sus derechos (art. 198 del Reglamento Hipotecario) sin que puedan volver a inscribirlos como consecuencia del principio de tracto y sin que, por consiguiente, sean tenidos en cuenta en el procedimiento sumario reabierto tras la declaración de nulidad.

En cuanto a los requisitos para la práctica de esta anotación me remito a lo dicho anteriormente en la letra *b)* incluso en lo que respecta al tracto sucesivo. En la medida que el auto firme del procedimiento sumario provocó la cancelación de todos los derechos inscritos o anotados con posterioridad a la inscripción de la hipoteca y en la medida en que dichos titulares fueron afectados por el auto que se trata de anular en el incidente, es preciso que sean citados para que adopten la postura procesal que estimen por conveniente. Ahora bien desde el punto de vista del Registro y dada la especialísima situación que contempla la declaración de oficio de nulidad que no va dirigida contra nadie (61), sino que emana directamente del Juez, bastará para poder anotar con comprobar que la declaración se pretende del procedimiento que dio origen al asiento registral que se verá modificado por la misma, en concreto la inscripción de la adjudicación y la cancelación. La propia falta de rogación impide apreciar de otra forma la existencia registral de tracto. No quiere esto decir que el Registrador no vele en absoluto por las titularidades que publican los libros, sino que el control que debe realizar se pospone a un momento posterior: si el Juez ordena la cancelación de los asientos de inscripción y cancelación deberá resultar de su resolución firme que los afectados por los mismos, titular registral y titulares de derechos cancelados han sido oídos antes de la declaración de nulidad.

En cuanto a la cancelación de la anotación tomada se llevará a cabo como consecuencia de la resolución firme que ponga fin a la declaración y, aparte de cancelar dicha anotación, se practicarán los demás asientos que la misma ordene señaladamente la cancelación del asiento de inscripción en favor del adjudicatario, la cancelación del asiento de cancelación y la cancelación de los asientos posteriores a la propia anotación, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 198 del Reglamento Hipotecario. Me remito a lo explicado más arriba (inciso final del último epígrafe del capítulo primero de anotación de demanda de nulidad de la hipoteca) en relación a la cuestión de si debe acreditarse o no para las práctica de dichos asientos la restitución de las cantidades satisfechas como consecuencia de la adjudicación de la subasta y del pago a los acreedores.

(61) Contrástese el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. LA DEMANDA DE NULIDAD DE ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO DE EJECUCIÓN.

Como hemos visto anteriormente se trata de un procedimiento por completo nuevo y distinto del sumario de ejecución. La jurisprudencia, con base en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, ha aceptado expresamente que es una vía perfectamente lícita para solicitar la nulidad de actuaciones por cualquiera que se vea perjudicado por el auto de adjudicación del procedimiento de ejecución (62).

La pretensión del actor consiste en retrotraer los efectos de la ejecución de la hipoteca a un momento determinado del procedimiento con declaración de nulidad de todo lo posteriormente actuado, haya finalizado o no el sumario lo que implica, si hay inscripción, la impugnación del contenido del Registro de la Propiedad.

Estamos, por tanto, ante una auténtica demanda en procedimiento ordinario que debe acceder al Registro por medio de la anotación prevista en el número 1 del artículo 42 y con cumplimiento de todos los requisitos que para ello prevé la legislación, en concreto lo dispuesto en el artículo 139 y 166.1 del Reglamento Hipotecario.

Dos son los momentos en que puede tener acceso al Registro de la Propiedad:

a) *Demanda entablada antes de la finalización del procedimiento sumario*

La demanda deberá ser dirigida contra el titular registral de la hipoteca o sus causahabientes. Nuevamente se plantea el problema del tracto sucesivo aunque ahora la cuestión aparece más clara pues ya no estamos ante una actuación de oficio del Juez o Tribunal que conozca del procedimiento, sino ante una acción de parte en la que debe estar identificada tanto la persona del actor como la del demandado.

(62) Esto debe ser matizado. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1991 y 27 de julio de 1996 ponen de relieve que sólo el tercero que no haya intervenido en el procedimiento sumario está legitimado para interponer el declarativo pues si ha intervenido en el procedimiento la única vía para instar la declaración de nulidad es la interposición del recurso correspondiente. Si el interesado no reacciona a tiempo e impugna la resolución que pretende nula por el cauce procesal del recurso no cabe que posteriormente pretenda reabrir la cuestión en un procedimiento ordinario. Desde luego es una cuestión ajena a la calificación del Registrador y que debe ventilarse en el propio procedimiento.

Nótese que si el interesado ya no puede acudir a la vía del recurso por ser firme el auto que pone fin al procedimiento sumario y tampoco puede acudir a la vía del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, las únicas posibilidades que se le ofrecen son: intentar la vía de la declaración de oficio a pesar de la firmeza o, en su caso, acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La Res. DGRN de 5 de abril de 1995 pone de manifiesto cómo al no ser objeto de impugnación la titularidad registral del hipotecante no deudor (63) no es preciso demandarle. Con mayor razón no deberá ser objeto de demanda el eventual tercer poseedor ni los titulares posteriores a la inscripción de hipoteca. El objeto de la demanda no es impugnar el contenido del Registro, sino el desarrollo actual del procedimiento sumario sin que se planteen cuestiones alguna relativa a las titularidades inscritas (ni siquiera se plantea el asiento de hipoteca). Como veíamos anteriormente, si alguno de los eventuales interesados se ve perjudicado podrá instar a su vez la nulidad de las actuaciones por los procedimientos previstos en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tomada la anotación si finaliza el procedimiento ordinario de nulidad de actuaciones antes de que lo haga el procedimiento sumario se practicarán los asientos que se ordenen en la sentencia (art. 198 Reglamento Hipotecario) que raramente tendrán trascendencia hipotecaria por no haber finalizado la ejecución (64). Lo normal es que el único asiento a practicar sea la propia cancelación de la anotación de la demanda. De hecho, si existen asientos posteriores no hay razón alguna para cancelarlos, sino más bien lo contrario. Ni el asiento de hipoteca ni el de anotación preventiva cierran el Registro y, en cuanto a este último, el objeto de la anotación no es impugnar ningún derecho anteriormente inscrito y del cual puedan traer causa los posteriores titulares. Los derechos posteriores a la anotación se verán afectados en su caso por el propio desenvolvimiento de la ejecución hipotecaria pero no por la declaración de nulidad de actuaciones.

Más frecuente será, sin duda, que el procedimiento sumario finalice antes que el declarativo, en cuyo caso se reproduce el problema que en la primera parte de este trabajo estudiamos en relación con la declaración de nulidad de la hipoteca.

Tratándose de procedimientos distintos, el procedimiento sumario podrá llegar a su fin y devenir firme e inscribible el auto que así lo acuerde produciendo la inscripción en favor del adjudicatario y el correspondiente asiento de cancelación de cargas posteriores a la hipoteca. Al existir titularidades que dependen precisamente del desenvolvimiento producido por el derecho real de hipoteca hay que concluir que la cancelación no puede alcanzar a la anotación preventiva practicada. El problema de prioridad ya no se plantea entre la inscripción de hipoteca y la propia anotación tal y como veíamos en el capítulo primero; ahora el problema se plantea entre la propia anotación y la

(63) En el supuesto de hecho la impugnación la llevaba a cabo el deudor no hipotecante contra el acreedor hipotecario.

(64) Aunque no tiene por qué ser así: puede que se haya practicado la nota marginal de la regla 4.^a del artículo 131 o las notas marginales de la regla 5.^a

adjudicación verificada a consecuencia del procedimiento sumario. La finalidad de la anotación no es tanto evitar que el adjudicatario alegue protección registral, lo que no podría hacer en ningún caso, como procurar asegurar el resultado del pleito y, caso de apreciar la pretensión, la nulidad de la inscripción de adjudicación practicada.

Al igual que ocurría con las anotaciones de nulidad del derecho de hipoteca, la anotación de demanda de nulidad de actuaciones sólo podrá ser cancelada, de conformidad con los artículos 83 y 84 de la Ley Hipotecaria, en virtud de mandamiento emanado del propio Tribunal que la ordenó.

Por lo demás véase lo dicho en el capítulo primero en relación a la nulidad de la hipoteca.

b) *Demanda entablada después de finalizado el procedimiento sumario de ejecución*

Será el último remedio (a salvo lo visto más arriba sobre incidentes de nulidad una vez finalizado el sumario) que tendrá la parte o el interesado que pretenda la declaración de nulidad de actuaciones una vez que sea firme el auto del Juez aprobatorio del remate.

Si el resultado del procedimiento sumario ya consta inscrito, la pretensión del actor es impugnar por completo el contenido del Registro de la Propiedad, por lo que, de conformidad con las reglas generales, deberá demandar tanto al adjudicatario como a sus causahabientes y a los titulares de derechos cancelados.

La eficacia de la anotación depende del resultado de la sentencia, puesto que si es absolutoria no procederá más asiento que el de cancelación de la propia anotación, pero si es estimatoria se procederá de la forma que determine la sentencia, especialmente en lo que se refiere a la cancelación de la adjudicación derivada de la subasta, de la cancelación llevada a cabo después, de los asientos posteriores a la anotación y de esta misma. No hay, pues, especialidad alguna si no que son de aplicación las reglas generales sobre inscripción de sentencias cuyas demandas han tenido reflejo en el Registro de la Propiedad. Me remito nuevamente a lo dicho en el capítulo primero, último epígrafe sobre requisitos para verificar la inscripción de la sentencia.

FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO
Registrador de la Propiedad